

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge

George, Florence

*Published in:*

La transmission des obligations en droit français et en droit belge

*Publication date:*

2019

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

George, F 2019, La cession des contrats dans les transmissions d'universalité en droit belge. Dans *La transmission des obligations en droit français et en droit belge: approches de droit comparé*. Larcier , Bruxelles, p. 1181-1283.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## SECTION 2

# LA CESSION DES CONTRATS DANS LES TRANSMISSIONS D'UNIVERSALITÉ EN DROIT BELGE

PAR

FLORENCE GEORGE

CHARGÉE DE COURS À L'UNAMUR  
AVOCATE

## INTRODUCTION<sup>(1)</sup>

**1. – Contextualisation.** Lors de la promulgation du Code civil, seul le régime de la transmission à cause de mort par succession légale ou par legs universel ou à titre universel était consacré par le législateur. Au fil du temps, on a vu éclore plusieurs régimes particuliers. Les nécessités du monde des affaires ont, en effet, modifié le paysage législatif. Les régimes de transmissions d'universalités ne se réduisent désormais plus au seul article 1122 du Code civil. Du droit des sociétés au droit de l'insolvabilité, ces transmissions commencent progressivement à irriguer notre droit positif. La doctrine et la jurisprudence ne sont pas étrangères à cette mutation qui reste toutefois inachevée.

**2. – Plan.** La portée des notions de « transmission » et d'« universalité » mérite quelques clarifications. La transmission d'un patrimoine à cause de mort suite au décès se distingue, par exemple, très nettement d'une hypothèse de restructuration d'entreprise. Nous nous attarderons sur les *distinguos* qui émaillent la doctrine et la jurisprudence dans la première partie de cette contribution (I).

---

(1) La présente publication a été rédigée dans le cadre du séminaire qui s'est déroulé en janvier 2018. Plusieurs réformes ont, dans l'intervalle, été adoptées et/ou sont entrées en vigueur. Il est, par conséquent, parfois renvoyé aux régimes ancien et nouveau. Notons toutefois que, la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses ayant été adoptée et publiée entre la remise de la présente contribution et sa publication, il ne nous a pas été possible de modifier l'ensemble des développements et d'actualiser les renvois aux articles du Code.

Les différents régimes qui gouvernent les transmissions *ut universi* seront ensuite analysés selon qu'ils s'inscrivent ou non dans le cadre d'une procédure collective. La transmission d'une universalité peut, d'abord, être appréhendée en dehors des procédures collectives (II). Sous l'angle du droit commun, la théorie du dépeçage dégagée par la Cour de cassation ne recueille pas les faveurs de nombreux auteurs qui la jugent insatisfaisante (A). Le projet de réforme du Code civil entend d'ailleurs pallier ces lacunes. Le droit des sociétés renferme également plusieurs hypothèses de transmissions d'universalités (B). Après avoir été ignorées du législateur pendant de nombreuses années, les fusions et scissions de sociétés font désormais l'objet de régimes spécifiques auxquels le législateur attache de nombreux effets. Les apports et cessions d'universalité ou de branches d'activité répondent également à des règles particulières.

Par ailleurs, l'essor du droit de l'insolvabilité et des procédures collectives a également amené le législateur à prévoir d'autres régimes de transmission (III). Reste toutefois à savoir si l'on peut, en l'état actuel du droit positif, parler de véritables transmissions *ut universi*<sup>(2)</sup>. Les procédures de réorganisation judiciaire (A) et de faillite (B) seront, dès lors, tour à tour étudiées.

Enfin, la cession d'un fonds de commerce appelle des développements complémentaires (IV). En tant qu'universalité de fait, la transmission d'un fonds de commerce pose question. Plusieurs angles d'approche sont envisagés. Les différents régimes exposés ci-avant peuvent, en effet, être combinés ou articulés en fonction des circonstances qui entourent la cession.

## I. – PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

**3. – Importance de la taxinomie juridique.** Les notions de transmission « universelle », transmission « à titre universel », transmission « à cause de mort », transmission « *ut singuli* » ou « *ut universi* » sont relativement fréquentes. Si l'on combine ces notions avec celles

---

(2) La transmission *ut universi* vise le transfert global d'un ensemble d'éléments d'actif et de passif. Le transfert vise l'intégralité ou une partie du patrimoine. À l'inverse, un transfert *ut singuli* ne porte que sur des éléments pris de manière isolée. Même si la transmission porte sur plusieurs éléments, chacun est transmis isolément et conserve son individualité (R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », in N. THIRION (coord.), *La cession du fonds de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 13 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2009, liv. VI.2.2-2).

de « cession » et de « vente », on complexifie davantage le paysage juridique. Par ailleurs, une cession d'actifs n'équivaut pas à une cession d'actions<sup>(3)</sup>. La multitude des concepts utilisés sème une certaine confusion. Il nous a, dès lors, paru indispensable de parcourir les distinctions qui jalonnent la matière.

**4. – Transmission, cession, vente.** La notion de cession est susceptible de plusieurs interprétations. Elle renvoie, au sens large, à « l'idée d'un acte juridique ayant pour objet d'assurer le transfert de propriété d'une chose (ou, le cas échéant, le transfert de la titularité d'une créance) »<sup>(4)</sup>. Par contre, elle recouvre, au sens strict, le « contrat opérant entre vifs et à titre onéreux le transfert de propriété d'une chose »<sup>(5)</sup>. Elle s'assimile alors à la notion de « vente ».

Même si les notions se recoupent, la transmission<sup>(6)</sup> est une notion moins fréquente et plus lâche que celle de cession. Si l'on s'intéresse uniquement à sa portée en droit civil, la transmission des obligations fait référence à la cession de créance et à la cession de dette, ou, de manière plus globale, à la cession de contrat<sup>(7)</sup>. Son utilisation tend à s'imposer lorsqu'elle a pour objet une universalité<sup>(8)</sup>. On parle également de transmission universelle ou à titre universel de créances, de dettes et de contrats<sup>(9)</sup>.

**5. – Transmission universelle, à titre universel et transmission d'universalité.** Comme le rappelle P. Van Ommeslaghe, « une transmission universelle porte, activement et passivement, sur

(3) Voy., sur la cession d'actions, V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 253 ; D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », in *La cession d'une entreprise en difficulté*, coll. CUP, vol. 159, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 49 et s.

(4) R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 22.

(5) *Ibid.*, p. 22.

(6) Voy., sur l'utilisation du terme « transmission » en lieu et place de « transfert », Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 162 et s.

(7) V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrats », in P. WÉRY (coord.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 222.

(8) Concernant les liens entre cession de contrat et transmission d'universalités, P. Berlioz considère que « l'expression de « cession » de contrat est trompeuse. Cette opération doit être analysée comme une substitution de personne dans la qualité de partie contractante, et non comme la circulation d'une chose d'un patrimoine à un autre. La cession de contrat constitue ainsi plutôt une « succession » de deux personnes au sein d'une relation contractuelle [...]. C'est pourquoi le contrat de cession n'a pas lieu d'être en cas de transmission universelle de patrimoine. Celle-ci opère en effet déjà substitution d'une personne à une autre, rendant inutile ce contrat » (P. BERLIOZ, « Cession de contrat en cas de transmission d'universalités », cet ouvrage, pp. 1171 et s.).

(9) P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1981.

la totalité d'un patrimoine, tandis que la transmission à titre universel a pour objet une quotité d'un patrimoine »<sup>(10)</sup>. Le principe figure à l'article 1122 du Code civil aux termes duquel : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». Dans ces deux cas de figure, l'héritier continue la personne du défunt. Il succède aux droits et obligations du défunt et se substitue à lui de plein droit<sup>(11)</sup>. À l'inverse, la transmission d'une universalité n'entraîne pas de continuation de la personne physique ou morale<sup>(12)</sup>. Cette distinction fut mise en avant par J.-G. Renauld<sup>(13)</sup>. Elle tend toutefois à s'estomper. Malgré les controverses liées à la nature du transfert du patrimoine en cas de fusion<sup>(14)</sup>, les deux notions sont souvent utilisées l'une pour l'autre. On affirme, par exemple, que les transmissions universelles à cause de mort et celles qui résultent d'une restructuration d'entreprise ont comme point commun d'être soumises à la règle de la transmission universelle du patrimoine<sup>(15)</sup>. Notons que ces deux techniques divergent toutefois à maints égards. Tout d'abord, elles se distinguent sur le plan des formalités d'opposabilité<sup>(16)</sup> (*infra*, n° 33). Le sort des contrats conclus *intuitu personae* répond ensuite à des règles différentes (*infra*, n° 44)<sup>(17)</sup>. Enfin, le caractère volontaire des secondes contraste avec le caractère involontaire des premières<sup>(18)</sup>.

(10) P. VAN OMME-SLAGHE, *ibid.*, p. 1981. Voy. également, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations contractuelles. Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 829.

(11) Par analogie, J. Van Ryn avançait que la fusion assurait la prolongation de la personnalité d'une société dans une nouvelle entité (J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 857 cité notamment par Liège, 5 janvier 1959, *Rev. prat. soc.*, 1959, p. 228 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. V, Les sociétés commerciales en droit belge, Gand, Fecheyr, 1950, pp. 1036-1037).

(12) Voir, sur la distinction entre transmission universelle et cession d'universalité, J.-G. RENAULD, « Les fusions de société en droit belge », in J. LIMPENS (dir.), *Fusion de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 47.

(13) *Ibid.*, pp. 45 et s.

(14) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *Rev. prat. soc.*, 1993, pp. 206-207.

(15) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.-2.

(16) R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenverpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer* ?, Anvers, Intersentia, 2005, p. 887. L'opposabilité de la transmission universelle qui résulte d'une fusion est soumise à la publication au *Moniteur belge* de la décision. À l'inverse, l'opposabilité de la transmission prévue à l'article 1122 du Code civil n'est soumise à aucune formalité.

(17) Les contrats *intuitu personae* prennent fin au décès. Ils subsistent, par contre, en cas de fusion. Voy. S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », note sous Liège, 22 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, p. 659, note 15 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.-4.

(18) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, *ibid.*, liv. VI.2.1-5.

**6. – Universalité de droit et universalité de fait.** Une universalité de fait se définit comme une « agrégation de biens »<sup>(19)</sup> tandis qu'une universalité de droit « regroupe autant de biens que de dettes, créant ainsi une corrélation entre un passif et un actif »<sup>(20)</sup>. L'universalité de fait au sens d'ensemble de biens appréhendés comme un tout<sup>(21)</sup> fait toutefois l'objet de nombreuses critiques. D'aucuns décrient son caractère particulièrement vague<sup>(22)</sup>. Contrairement aux règles applicables aux universalités de droit, une universalité de fait ne peut faire l'objet d'une transmission universelle. C'est le principe de la transmission *ut singuli* de chacun des éléments qui la compose qui prévaut.

**7. – Cession d'actifs et cession d'actions.** En présence d'une cession d'actions, la société ne cède pas ses actifs. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une cession d'entreprise<sup>(23)</sup>. La cession ne porte pas sur les éléments d'actif et de passif qui composent le patrimoine de l'entreprise. Le transfert de propriété porte sur les actions représentatives du capital<sup>(24)</sup>. L'objet de la cession consiste dans les actions et non le patrimoine de la société<sup>(25)</sup>.

**8. – Universalité et branche d'activité (renvoi nos 72 et 73).** Une branche d'activité est « une partie déterminée d'un tout »<sup>(26)</sup>, elle consiste en une partie d'un patrimoine<sup>(27)</sup>. Cette notion est employée

(19) Th. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *J.T.*, 1996, p. 497. Bien qu'une universalité de fait ne comprenne que des éléments d'actif, les parties peuvent très bien décider d'y inclure des éléments de passif (C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », in C. ALTER, M. FORGES, D.-E. PHILIPPE, P.-F. VAN DEN DRIESCHE et L. VAN MUYLEM, *Le fonds de commerce*, Limal, Anthemis, 2012, p. 15).

(20) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.2-2.

(21) R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 13 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 15.

(22) C. ALTER et L. VAN MUYLEM, *ibid.*, p. 15.

(23) P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises. Une approche juridique, économique et financière*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 156.

(24) D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », in C. DELFORGE, P.-A. FORIERS, Fr. GLANSDORFF et J. STUYCK (éd.), *Vente. Commentaire pratique*, Anvers, Kluwer, 2007, p. 159 ; P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises. Une approche juridique, économique et financière*, *op. cit.*, p. 156.

(25) Voy., sur l'incidence de cette distinction en droit commun, R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 37 ; D. WILLERMAIN, « La cession d'un patrimoine professionnel à titre onéreux : aspects de droit civil et de droit commercial », in *La transmission du patrimoine professionnel. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 63 et s.

(26) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, coll. GUJE, liv. 172.2, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 35.

(27) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, « Les restructurations de sociétés », in C. JASSOGNE, *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, *Les sociétés*, Diegem, Kluwer, 1998, p. 918.

en droit fiscal<sup>(28)</sup>, ainsi qu'en droit des sociétés, et est reconnue par le droit comptable<sup>(29)</sup>. L'article 680 du Code des sociétés nous en livre la définition suivante : « Constitue une branche d'activités un ensemble qui du point de vue technique et sous l'angle de l'organisation, exerce une activité autonome, et est susceptible de fonctionner par ses propres moyens ». La notion de branche d'activité est donc « orientée vers la capacité de production »<sup>(30)</sup>. Elle ne se confond pas avec une universalité qui recouvre l'intégralité du patrimoine<sup>(31)</sup>.

## II. – LES RÉGIMES HORS PROCÉDURES COLLECTIVES

**9. – Présentation.** La transmission d'une universalité implique de transférer l'ensemble des contrats en cours. Ce transfert des contrats est toutefois problématique en droit commun. La cession de contrat ne repose, en réalité, sur aucune base légale. Les inconvénients de la théorie du dépeçage consacrée par la Cour de cassation ont été maintes fois dénoncés (A). Sous l'impulsion de la doctrine et de la jurisprudence, le droit des sociétés a finalement innové. Il connaît désormais plusieurs régimes de transmission du patrimoine qui répondent aux besoins de la pratique (B).

### A. – *Le régime de droit commun : l'indigence du Code civil*

**10. – Aperçu.** Malgré les critiques formulées à l'encontre d'un régime de cession de contrat que d'aucuns jugent inadapté, celui-ci est resté inchangé. Hors l'hypothèse de l'article 1122 du Code civil (1), il n'existe pas, en droit commun, de régime organisé de transmission d'universalité. Le contrat est appréhendé comme une somme d'obligations de sorte que l'on recourt, en cas de transfert, à la théorie du dépeçage (2). À l'exception de certains régimes particuliers prévus par

(28) Art. 117 et 120 du Code des droits d'enregistrement, art. 11 du Code de la TVA et art. 46 du CIR 92. Voy. également, en droit européen, l'art. 2 de la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, *J.O.C.E.*, L 225 du 20 août 1990, p. 2.

(29) Th. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *op. cit.*, p. 500 ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 35.

(30) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 918 ; I. LEBBE, « Techniques sociétaires de l'apport d'un fonds de commerce en société : l'apport de branche d'activité en particulier », in H. COUSY et B. TILLEMANS, *De handelszaak/Le fonds de commerce*, Bruges, die Keure, 2001, pp. 415 et s.

(31) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 35.

le législateur, on applique, lorsque l'on souhaite céder un ou plusieurs contrats, cumulativement<sup>(32)</sup> les régimes de cession de créance et de cession de dette. Les inconvénients pratiques d'un tel régime n'ont évidemment pas tardé à se faire sentir (3).

### 1. *L'article 1122 du Code civil*

**11. – Prescrit de l'article 1122 du Code civil.** L'article 1122 du Code civil dispose : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». Cet article organise l'unique forme de transmission universelle ou à titre universel du patrimoine<sup>(33) (34)</sup>. Il n'a cependant vocation à s'appliquer qu'aux transmissions à cause de mort<sup>(35)</sup>. Conformément à cet article, le décès du *de cujus* entraîne la transmission automatique des droits et obligations de ce dernier à ses successeurs légaux ou testamentaires universels ou à titre universel<sup>(36)</sup>. Ces derniers « continuent la personne du défunt » et recueillent notamment les contrats auxquels le défunt était partie<sup>(37)</sup>. Le principe souffre toutefois deux exceptions : la volonté contraire exprimée d'une part et la nature de la convention d'autre part<sup>(38)</sup>.

**12. – Quid des transmissions entre vifs ?** Comme le relève à juste titre P. Wéry, la transmission entre vifs des obligations est bien moins aboutie<sup>(39)</sup>. Bien que le législateur ait réglé aux articles 1689 et s. du Code civil la cession de créance, il ne s'est pas soucié d'organiser un régime de cession entre vifs de dettes. Force est de constater l'indigence du Code civil à cet égard. Les difficultés que pose cette absence de réglementation se répercutent sur le régime de la cession de contrat (2) et, *a fortiori*, sur les transmissions d'universalité (3).

(32) On parle aussi d'application distributive (D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.12.-4).

(33) Voy. également l'art. 724 du Code civil qui prévoit : « Les héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ».

L'État doit se faire envoyer en possession par justice, dans les formes déterminées ci-après ».

(34) Hors les hypothèses désormais ancrées dans les articles 670 et s. du Code des sociétés.

(35) Voy., sur les controverses relatives à la portée de l'art. 1122 du Code civil, Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 174.

(36) P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 1981 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 829.

(37) P. VAN OMMESELAGHE, *ibid.*, p. 1981 ; P. WÉRY, *ibid.*, pp. 829 et s.

(38) Voy., sur ces exceptions, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, thèse, Paris, Economica, 1988, p. 121. Voy., sur l'incessibilité des contrats instantanés, L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 191 et s.

(39) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 830.



## 2. La cession du contrat en droit commun

**13. – Plan et renvoi.** La cession du contrat est examinée par Valérie Withofs qui y consacre l'ensemble de sa thèse de doctorat<sup>(40)</sup>. Le fruit de ses recherches est, de surcroît, exposé par l'auteur dans le cadre du présent colloque. Nous ne ferons dès lors que présenter les contours du régime de droit commun afin de tracer des parallèles avec le régime des transmissions d'universalité<sup>(41)</sup>. Les apports du projet de réforme de Code civil seront également explicités.

**14. – Approche classique : le contrat consiste en une somme d'obligations.** On présente généralement le contrat comme une somme d'obligations<sup>(42)</sup>. Conformément à cette approche, la cession d'un contrat unilatéral s'analyse tantôt comme une cession de dette tantôt comme une cession de créance<sup>(43)</sup>. La cession d'un contrat synallagmatique est, par contre, soumise au régime du dépeçage<sup>(44)</sup>.

Comment en effet céder un contrat synallagmatique au regard des règles du droit commun ? En l'absence de base juridique satisfaisante, l'expédient trouvé par la Cour de cassation consiste en un dépeçage du contrat<sup>(45)</sup>. Dans son arrêt du 4 mars 1982<sup>(46)</sup>, la Cour consacre la théorie selon laquelle la cession d'un contrat synallagmatique se décline en, d'une part, une cession de créances et, d'autre part, une cession de dettes. Pour réaliser cette opération, il convient donc pour les parties de respecter les formalités prévues à l'article 1690 du Code civil et, parallèlement, d'organiser un transfert des dettes<sup>(47)</sup>.

(40) V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, *op. cit.*

(41) Nous renvoyons pour le surplus le lecteur aux contributions et ouvrages publiés sur le sujet : V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, *op. cit.* ; V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat », *op. cit.*, pp. 221-242.

(42) Voy. V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat », *op. cit.*, p. 226.

(43) M. FONTAINE, « L'apport d'une branche d'activités et la cession des contrats », note sous Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 182, note 9 ; D. MATRAY, « La protection des tiers », *Act. dr.*, 1995, p. 170 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 912.

(44) D. MATRAY, *ibid.*, p. 170.

(45) Voy. D. MATRAY, *ibid.*, p. 161 et pp. 170 et s. ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Leerboek 2*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 78-79.

(46) Cass., 4 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 798, *J.T.*, 1983, p. 48, *R.C.J.B.*, 1984, p. 175, note M. FONTAINE.

(47) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations. Travaux des IX<sup>es</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 143 et s.

Plus récemment, l'arrêt de la Cour du 26 septembre 2003 laisse même entendre qu'une cession de dettes implique toujours une novation<sup>(48)</sup>. Il s'est cependant attiré les foudres de la doctrine. On enseigne, en effet, que pour transférer les dettes, les parties peuvent faire appel au mécanisme de la délégation, la stipulation pour autrui, la novation<sup>(49)</sup> ou encore la cession de dettes en application de l'article 1134 du Code civil<sup>(50)</sup>. La théorie du dépeçage conjugée à l'obligation de novation n'est donc pas toujours suivie très rigoureusement par les juridictions de fond<sup>(51)</sup>. Un inconvénient demeure toutefois. Il réside dans le fait que ces mécanismes n'emportent pas la décharge du cédant et/ou exigent l'accord du créancier cédé.

Les difficultés pratiques qu'engendre une telle approche ont été dénoncées. Des voix se sont dès lors élevées en faveur d'un recours à l'autonomie de la volonté. Un tel recours pourrait en effet permettre au cessionnaire de se substituer au cédant sans qu'il n'y ait pour autant continuité de la personne du cédant et pour autant qu'elle ne préjudicie ni les droits du cédant, ni ceux des tiers<sup>(52)</sup>. Cette convention serait alors soit bipartite (le cédant et le cessionnaire sans l'assentiment du cocontractant cédé) (*infra*, n° 15), soit tripartite (le cédant, le cessionnaire et le cocontractant cédé s'accordent sur la cession de position contractuelle) (*infra*, n° 16)<sup>(53)</sup>.

**15. – Palliatif : la cession de contrat imparfaite<sup>(54)</sup>.** Pour obvier aux conséquences trop rigoureuses de la théorie du dépeçage, plusieurs

(48) Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1487. Dans cet arrêt, la Cour affirme que « d'après les principes du droit civil, les créances sont cessibles, les dettes ne le sont point ; que le débiteur doit exécuter son obligation et ne peut contraindre son créancier à accepter un nouveau débiteur, en ses lieu et place ; que lorsque le créancier consent à cette substitution de débiteurs, il y a novation. Qu'aux termes de l'article 1273 du Code civil, la novation ne se présume point ; qu'il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. » Pris au pied de la lettre, cet arrêt refuse d'admettre la cession de dettes même avec l'accord du créancier.

(49) Voy., pour un cas d'application, Liège, 22 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2003, p. 654, note S. BEYAERT.

(50) Voy., sur ces mécanismes, P. VAN OMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, pp. 167 et s. ; D. MATRAY, « La protection des tiers », *op. cit.*, p. 168 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, pp. 658-659 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.2, p. 4.

(51) Comp. Mons, 23 janvier 1991, *R.D.C.*, 1991, p. 716 ; Mons, 14 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 256 ; Comm. Bruxelles, 4 novembre 1991, *Entr. et dr.*, 1992, p. 105 (spéc. p. 111) ; Mons, 16 septembre 2002, *R.R.D.*, 2003, note P. WÉRY ; Liège, 19 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 825.

(52) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 916-917.

(53) *Ibid.*, pp. 916-917.

(54) Voy., sur la cession imparfaite, S. STIJNS, *Verbindenissenrecht. Leerboek 2*, *op. cit.*, p. 79 ; V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, *op. cit.*, pp. 398 et s. Voy. également les références citées par V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat », *op. cit.*, p. 232, note 45 et p. 233, note 52.

auteurs ont considéré que la cession de contrat pouvait être appréhendée comme une convention bipartite entre cédant et cessionnaire. Elle est qualifiée de cession imparfaite dès lors qu'à défaut d'accord du cédé (tiers à la convention), le cédant n'est pas déchargé de ses obligations<sup>(55) (56)</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 2017 semble s'inscrire dans cette tendance<sup>(57)</sup>. À l'occasion de cet arrêt, la Cour énonce qu'« en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, consacré à l'article 1134 du Code civil, et des articles 1221, 1236 et 1690 du Code civil, une partie contractante peut convenir avec un tiers qu'il reprend ses droits et obligations contractuels. Une telle cession qui ne libère pas le cédant, ne nécessite pas le consentement du cocontractant cédé »<sup>(58)</sup>.

**16. – Approche nouvelle : le rapport contractuel comme cadre normatif.** D'autres auteurs ont privilégié la qualification de convention tripartite (cession parfaite) : l'accord tant du cédant, du cessionnaire que du cédé est requis. Le consentement du cédé n'a plus uniquement pour rôle de décharger le cédant de ses obligations, mais constitue une condition de validité de l'opération.

V. Withofs défend cette thèse avec ferveur. Elle remet ainsi en cause l'approche traditionnelle du contrat vu comme une somme d'obligations qu'elle estime réductrice<sup>(59)</sup>. L'auteur estime qu'outre les effets obligationnels, le contrat peut aussi avoir des effets non-obligationnels. Elle défend ainsi l'idée selon laquelle « le rapport contractuel est un cadre général ayant une dimension normative »<sup>(60)</sup>. La cession du contrat s'analyse davantage comme une modification subjective au niveau du rapport contractuel, elle « entraîne un changement de partie par transmission de la position de partie au contrat ». Davantage qu'une simple combinaison de cession de créances et cession de dettes, la cession du contrat confère au cessionnaire le pouvoir d'influer sur

(55) Pour V. Withofs, à défaut pour le cessionnaire d'acquérir la position de partie au contrat, il ne peut toutefois être question de véritable cession de contrat. Le consentement de la partie cédée constitue une condition de validité de la cession du contrat (V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, *op. cit.*, p. 405 ; V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat », *op. cit.*, pp. 234-235).

(56) Voy. également H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, E. Story Scientia, 1986, p. 243.

(57) Chr. BIQUET-MATHIEU, « Dans l'attente de la réforme du droit des obligations, la notion de cession imparfaite de contrat au cœur de l'arrêt du 26 juin 2017 », obs. sous Cass., 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, pp. 587-588.

(58) Cass., 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, p. 587, note Chr. BIQUET-MATHIEU.

(59) Voy. V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, *op. cit.*

(60) V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, *op. cit.*, p. 265 ; V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat », *op. cit.*, p. 227.

le rapport contractuel<sup>(61)</sup>. Celui-ci dispose d'un véritable pouvoir de contrôle<sup>(62)</sup>.

À l'instar de la doctrine moderne<sup>(63)</sup>, V. Withofs rompt ainsi une lance en faveur d'une autonomie de la cession de contrat par rapport à la cession de créance et la cession de dette. La jurisprudence ne semble toutefois pas y faire écho.

### 3. *Un régime inadapté aux transmissions d'universalité*

**17. – Inconvénients pratiques.** La théorie du dépeçage présente de nombreux inconvénients. Le transfert de dettes sans l'accord du créancier cédé n'entraîne pas de plein droit la décharge du cédant. La Cour de cassation semble même exiger le détour par la novation<sup>(64)</sup>. Il s'accommode, de surcroît, très mal aux opérations qui portent sur un ensemble de droits et d'obligations telles que les fusions, scissions, apports et cessions d'universalité ou de branches d'activité. Le mécanisme est, en somme, « inadapté à la vie des affaires »<sup>(65)</sup> : il « dénature [...] l'opération, et par conséquent risque [...] d'aboutir à des solutions artificielles ou inadéquates. Dans cette perspective, un contrat devrait pouvoir être cédé comme un tout, sans formalité particulière, mais avec la réserve que le consentement du cocontractant resterait requis pour libérer le cédant »<sup>(66)</sup>.

C'est dès lors sous la pression de ces impératifs que le domaine des restructurations d'entreprise s'est finalement démarqué du droit commun (*infra*, n° 21). Divers instruments de droit international ont également réglementé le transfert de contrat<sup>(67)</sup>. Sous réserve de certains régimes particuliers (*infra*, n° 19), le droit commun reste donc, actuellement, le parent pauvre de la cession de contrat.

(61) L'auteur utilise l'expression de « droits potestatifs relatifs au rapport contractuel » (V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat », *op. cit.*, p. 228).

(62) V. WITHOFS, *ibid.*, pp. 228-229.

(63) P. VAN OMMESELAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, p. 153 et pp. 170 et s. ; S. STIJNS, *Verbindenissenrecht. Leerboek 2*, *op. cit.*, pp. 78 et s. ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1975 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 914.

(64) Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1487.

(65) P. VAN OMMESELAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, p. 187 ; D. MATRAY, « La protection des tiers », *op. cit.*, p. 171.

(66) M. FONTAINE, « L'apport d'une branche d'activités et la cession des contrats », note sous Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 183.

(67) Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 915, n° 1021.

**18. – Rôle de la volonté des parties.** La transmission des contrats est également parfois mise en échec par la volonté des parties. Le praticien sera donc attentif, en matière de cession de contrats, à l'existence de clauses d'incessibilité ou de clauses d'agrément<sup>(68)</sup>.

D'un côté, les parties à un contrat pourraient très bien anticiper le sort des conventions. Ainsi, il n'est pas rare que, dans le contrat conclu par les parties, figure une clause d'incessibilité. Aucune cession ne pourra dès lors être envisagée, et ce même en cas de transmission universelle, pour autant que la clause soit claire<sup>(69)</sup> <sup>(70)</sup>. De l'autre, les parties pourraient très bien s'accorder sur l'insertion d'une clause d'agrément. Cette dernière est la clause par laquelle « le cocontractant cédé se réserve le droit d'approuver la cession de contrat »<sup>(71)</sup>. Plutôt que d'affecter en tant que telle la cession du contrat, la clause permet au cocontractant cédé de « contrôler la personne du cessionnaire »<sup>(72)</sup>. Il n'est donc pas question pour le cocontractant de se prononcer sur la poursuite ou non du contrat, mais uniquement sur le choix du cessionnaire<sup>(73)</sup>. La cessibilité du contrat demeure intacte.

**19. – Existence de régimes particuliers.** L'absence de fondement légal applicable à la cession de contrat ne doit toutefois pas faire oublier l'existence de certains régimes particuliers qui ont permis, au fil du temps, la cession en bloc de certains contrats. Il suffit de songer à la cession de bail, la cession de contrat de voyage, la cession de contrat de travail, la cession de portefeuille d'assurances...<sup>(74)</sup> L'étude de ces régimes est réservée à P. Bazier et G. Fiévet de sorte que nous ne nous y attarderons pas davantage<sup>(75)</sup>.

(68) Voy., sur ces clauses, Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, pp. 185-188 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, pp. 6 et s.

(69) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 897.

(70) Sur la licéité des dérogations conventionnelles en cas de fusions et scissions, voy. *infra*, n<sup>os</sup> 51 et s.

(71) L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, p. 254. Voy., sur ces clauses et leur sort en cas de fusion, J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, coll. Précis, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1044.

(72) L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, p. 255.

(73) *Ibid.*

(74) M. FONTAINE, « La transmission des obligations de *lege ferenda* », in *La transmission des obligations. Travaux des IX<sup>es</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 667-670 ; P. VAN OMMESELAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, pp. 154 et s. ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, pp. 673 et s. ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Leerboek 2*, *op. cit.*, pp. 80-81 ; V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, *op. cit.*, pp. 376 et s. ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, pp. 593-594 ; V. WITHOFS, « La transmission des obligations : la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat », *op. cit.*, pp. 231 et s. ; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 918 et s.

(75) Voy. P. BAZIER et G. FIÉVET, « Les régimes particuliers de cession de contrat en droit belge », cet ouvrage, pp. 1077 et s.

#### 4. *Le projet de réforme du Code civil*

**20. – Apparition d'un régime de cession de contrat<sup>(76)</sup>.** Le projet de réforme du Code civil fournit un « ancrage légal général » à la cession de contrat<sup>(77)</sup>.

L'article 5.267 de l'avant-projet énonce que :

« § 1<sup>er</sup>. Une partie contractante peut céder sa position contractuelle à un tiers, moyennant le consentement du cocontractant. Cette cession libère le cédant pour les dettes qui deviennent exigibles après la cession, sauf accord contraire des parties.

Si le cocontractant a donné son consentement par avance, la cession de dette ne produit ses effets qu'après notification ou reconnaissance du contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire.

Pour le surplus, les dispositions des chapitres 1<sup>er</sup> et 2 sont d'application conforme.

§ 2. Si la position contractuelle est cédée à un tiers sans le consentement du cocontractant, seul le cessionnaire peut exercer les droits qui découlent de cette position contractuelle. Le cédant demeure néanmoins solidairement tenu des conséquences de l'exercice de ces droits.

Pour le surplus, les dispositions du chapitre 1<sup>er</sup> et l'article 5.265 sont d'application conforme.

Si le cocontractant accepte ultérieurement la cession, le paragraphe 1<sup>er</sup> est d'application conforme ».

La thèse de la cession imparfaite avalisée par la Cour de cassation dans son arrêt du 26 juin 2017 coexiste avec celle de la cession parfaite qui acquiert également, avec la réforme, ses lettres de noblesse<sup>(78)</sup>.

#### B. – *Les régimes particuliers du Code des sociétés*

**21. – Présentation.** Les régimes de restructuration des sociétés prévus dans l'actuel Livre XI du Code des sociétés sont le fruit d'une longue évolution jurisprudentielle, doctrinale et législative<sup>(79)</sup>.

(76) Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, [https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp\\_van\\_wet\\_verbintenissenrecht.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_verbintenissenrecht.pdf). On notera toutefois le dépôt le 3 avril 2019 sous la forme d'une proposition de loi du projet de réforme du droit des obligations (Proposition de loi portant insertion du livre 5 "Les obligations" dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3709).

(77) Voy. Avant-projet de loi du 30 mars 2018, préc., Exposé des motifs, p. 322, [https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-27\\_bewijsr\\_mvt.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-27_bewijsr_mvt.pdf).

(78) Voy., pour un point de vue critique de cette disposition, V. WITHOFS, « La cession de contrat en droit belge », cet ouvrage, pp. 1019 et s.

(79) Les fusions transfrontalières ne seront pas abordées dans le cadre de la présente contribution. La matière est régie par le titre *Vbis* du Livre XI du Code des sociétés introduit par la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 16 juin 2008. Voy., sur le sujet, P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 541 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1985 et s.

Afin de mieux cerner la portée des dispositions actuellement en vigueur, il nous a semblé indispensable de retracer les grandes étapes de cette évolution (1) avant de nous attarder sur chacun des régimes spécifiques<sup>(80)</sup>.

Nous analyserons, dans un premier temps, le régime de la fusion (2) qui nous servira de régime de référence. Seront ensuite examinés la scission (3), l'apport de branche d'activité ou d'universalité (4) et la cession de branche d'activité ou d'universalité (5). Nous limiterons nos développements aux particularités de chacune de ces opérations de restructuration et renverrons aux développements relatifs à la fusion pour le surplus.

### 1. *Origine et évolution des régimes de restructuration de sociétés*

#### a) *Le régime antérieur à la loi du 29 juin 1993*

**22. – À l'origine : une absence totale de réglementation.** La loi de 1873 sur les sociétés commerciales<sup>(81)</sup> n'organise et ne réglemente pas les restructurations de société. Tout au plus, peut-on trouver dans les travaux préparatoires des traces de l'existence de la notion même de fusion<sup>(82)</sup>. Les lois coordonnées du 30 novembre 1935<sup>(83)</sup> n'en disent pas davantage<sup>(84)</sup>. L'absence de texte légal n'empêche toutefois pas les entreprises de faire appel aux techniques de fusion et de scission en vue de se restructurer<sup>(85)</sup>. C'est donc à la doctrine – et à la jurisprudence dans une moindre mesure<sup>(86)</sup> – qu'incombe la lourde tâche de préciser les contours de cette notion.

**23. – Transmission universelle ou transmission d'universalité ?** La nature juridique de la fusion fait tout d'abord débat.

(80) Nous ne nous attarderons pas non plus sur les opérations assimilées à la fusion ou la scission conformément à l'article 676 du Code des sociétés. Voy., sur ces opérations, R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbearheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, pp. 884 et s.

(81) Loi du 18 mai 1873 contenant le Titre IX, Livre I, du Code de commerce, relatif aux sociétés, *M.B.*, 25 mai 1873.

(82) J.-G. RENAULD, « Les fusions de société en droit belge », *op. cit.*, pp. 45-46.

(83) Lois du 30 novembre 1935 coordonnées sur les sociétés commerciales, *M.B.*, 5 décembre 1935.

(84) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 875.

(85) J.-G. RENAULD, « Les fusions de société en droit belge », *op. cit.*, pp. 55 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, pp. 178 et s. ; G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 193.

(86) Les décisions sont fort rares ou, à tout le moins, ne concernent que des questions fiscales (constat opéré par J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1969 à 1971), Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1973, p. 547).



Plusieurs thèses voient le jour. Parmi les plus influentes, on retrouve celle de J. Van Ryn. L'auteur soutient que la fusion consiste en un « acte juridique, *sui generis*, assurant la prolongation de la personnalité d'une société dans une nouvelle entité où elle continue d'exister »<sup>(87)</sup>. La fusion s'apparente à une dévolution à titre universel. À l'inverse, J.-G. Renauld décèle plutôt dans la fusion une cession d'universalité dès lors que la société absorbante ne succède pas à tous les droits et obligations de la société absorbée<sup>(88)</sup>.

Plusieurs juridictions de fond sont séduites par la première théorie<sup>(89)</sup>. La Cour de cassation entérine cette jurisprudence dans son arrêt du 30 avril 1970<sup>(90)</sup>. La Cour qualifie la société absorbante d'ayant cause à titre universel de la société absorbée. Le transfert universel du patrimoine est avalisé par la Cour. Cet arrêt ne permet toutefois pas de mettre définitivement un terme aux discussions<sup>(91)</sup> relatives à la continuation de la société absorbée par la société absorbante. La Cour considère en effet que la société absorbante ne continue pas nécessairement, à l'instar de l'héritier, la personne de la société absorbée.

À l'époque, les travaux préparatoires de la réforme du droit des sociétés commerciales font écho à la théorie de la succession universelle : « la conséquence la plus importante de la fusion est bien la transmission universelle »<sup>(92)</sup> <sup>(93)</sup>. La question de la continuation de la société absorbée n'est toutefois pas clairement tranchée<sup>(94)</sup>.

(87) J. VAN RYN et P. VAN OMMEFLAGHE, *ibid.*, p. 547.

(88) J.-G. RENAULD, « Les fusions de société en droit belge », *op. cit.*, p. 47.

(89) Voy. les références citées par P. VAN OMMEFLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, pp. 184 et s. *Contra* : J.-G. RENAULD, « Les fusions de société en droit belge », *op. cit.*, p. 63.

(90) Cass., 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 749, *R.W.*, 1970-1971, p. 605.

(91) Voy., sur ces questions, P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », in *La transmission des obligations. Travaux des IX<sup>es</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 425 et p. 431 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, pp. 239 et s. ; P. VAN OMMEFLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, p. 186.

(92) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Cerexhe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 8 et p. 39.

(93) Voy. également, la loi du 5 décembre 1984 (Loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 12 décembre 1984) et H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, p. 240.

(94) Voy. le projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Cerexhe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 5. On peut y lire que « l'activité de la société absorbée se poursuit sans discontinuité, dans le chef de la société absorbante ». Voy., à l'inverse, le projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et scissions de sociétés les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*,



Plus récemment, certains auteurs analysent la fusion en termes de transformation plutôt que de transfert de patrimoine<sup>(95)</sup> ou encore comme un changement de structure qui n'affecte pas la personnalité morale des sociétés<sup>(96)</sup>. Partant, la société absorbée modifie sa structure, mais survit par et dans la société absorbante<sup>(97)</sup>.

Une définition fonctionnelle de la fusion est adoptée par F. T'Kint et I. Corbisier. Celle-ci consiste en « un contrat d'une nature spécifique assurant la transmutation [...] de la société absorbée [...] dont les effets translatifs se rapprochent de ceux de la transmission universelle<sup>(98)</sup> à cause de mort ». Les auteurs soulignent toutefois que la fusion fait disparaître la personnalité de la personne absorbée<sup>(99)</sup>. L'idée de permanence et de continuité de la personnalité juridique cède la place à une approche axée sur la poursuite de la vie économique de l'entreprise<sup>(100)</sup>.

**24. – Régime parsemé d'incertitudes.** L'absence de régime légal suscite bien d'autres interrogations<sup>(101)</sup>.

- L'article 1690 du Code civil est-il écarté lors d'une fusion<sup>(102)</sup> ? La doctrine et la jurisprudence majoritaires y répondent affirmativement en fondant cette solution tantôt sur la publicité organisée par la publication au Moniteur belge<sup>(103)</sup>, tantôt sur le caractère universel

Ch. repr., sess. 1989-1990, n° 1214/1, p. 4 aux termes duquel « l'entreprise de la société absorbée se poursuit *sans solution de continuité* dans la société absorbante ».

(95) V. SIMONART, *L'unité du concept de personnalité morale en droit privé comparé*, Thèse, Bruxelles, ULB, 1993, n° 444, citée par Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 164. On notera que cette notion permet de différencier la fusion des hypothèses de succession universelle ou à titre universel. Elle rendrait mieux compte des particularités de la fusion et notamment de la dissolution sans liquidation (Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, p. 164).

(96) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 279. Voy., sur cette conception novatrice, H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 896.

(97) H. MICHEL et C. DELGINESSE, *ibid.*, p. 896.

(98) L'expression de « transmission universelle » sera, dès lors, employée dans la présente contribution.

(99) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 170.

(100) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 166. Voy. également, P. VAN OMMESSLAGHE, « Les principes généraux relatifs à la fusion et à la scission selon les directives et selon la loi nouvelle », in P. VAN OMMESSLAGHE et J. KIRKPATRICK (dir.), *Les fusions et les scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau, 1993, p. 69.

(101) Voy. P. VAN OMMESSLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, pp. 179 et s.

(102) Voy. M. FONTAINE, « La transmission des obligations de *lege ferenda* », *op. cit.*, p. 663 ; P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », *op. cit.*, pp. 423 et s.

(103) Voy. les références citées par M. FONTAINE, « L'apport d'une branche d'activités et la cession des contrats », note sous Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 185, notes 30 et 31.

de la fusion<sup>(104)</sup>. L'arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1996 consacre la solution selon laquelle « la scission d'une société anonyme a notamment pour effet *ipso iure* d'entraîner la transmission de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société scindée aux sociétés bénéficiaires »<sup>(105)</sup>.

- La transmission de l'ensemble des actifs et passifs s'impose-t-elle en matière d'apport de branche d'activité ? La réponse apportée par la Cour de cassation dans son arrêt du 4 mars 1982 est négative<sup>(106)</sup>.
- La fusion fait-elle obstacle à la poursuite des contrats *intuitu personae*, par analogie avec les solutions qui découlent de l'article 1122 du Code civil ? Le sort des contrats *intuitu personae* en cas de restructuration de sociétés donne lieu à des réponses nuancées. La question fait couler beaucoup d'encre<sup>(107)</sup> (*infra*, n<sup>os</sup> 44 et s.).

b) *Des lois des 29 juin 1993*<sup>(108)</sup> *et 13 avril 1995*<sup>(109)</sup> *au Code des sociétés*

**25. – Transposition tardive de deux directives.** Les Troisième et Sixième directives européennes de 1978<sup>(110)</sup> et 1982<sup>(111)</sup> relatives aux fusions et aux scissions apportent un premier éclairage sur les controverses en suspens. Bien qu'elles ne concernent que les sociétés anonymes, le champ d'application de ces directives fut étendu par le

(104) P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », *op. cit.*, pp. 423 et s.

(105) Cass., 2 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 620. Selon la Cour de cassation, la solution est d'application sans qu'il y ait lieu d'attendre la transposition de la Sixième directive.

(106) Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 175, note M. FONTAINE, « L'apport d'une branche d'activités et la cession des contrats ». Voy. également, M. FONTAINE, « La transmission des obligations *de lege ferenda* », *op. cit.*, pp. 666 et s. ; P. VAN OMMEFLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, p. 189.

(107) H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, pp. 244 et s.

(108) Loi du 29 juin 1993 modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 21 juillet 1993.

(109) Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995.

(110) Troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978, 78/855/CEE, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g), du Traité et concernant les fusions de sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L 295 du 20 octobre 1978, p. 36, remplacée successivement par la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L 110 du 29 avril 2011, p. 1, et la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L 169 du 30 juin 2017, p. 46.

(111) Sixième directive du Conseil du 17 décembre 1982, 82/891/CEE, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g), du Traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L 378 du 31 décembre 1982, p. 36, remplacée par la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L 169 du 30 juin 2017, p. 46.

législateur belge. La loi du 29 juin 1993<sup>(112) (113)</sup> réforme en effet le droit des fusions et des scissions internes de toutes les sociétés quelle que soit leur forme juridique<sup>(114)</sup>.

**26. – Opérations réglementées.** La loi du 29 juin 1993<sup>(115)</sup> se limite à régir cinq types d'opérations : la fusion par absorption (art. 174/1), la fusion par constitution d'une société nouvelle (art. 174/17), la scission par absorption (art. 174/26), la scission par constitution de nouvelles sociétés (art. 174/45) et la scission par absorption et par constitution de nouvelles sociétés (art. 174/52).

La loi nouvelle consacre le principe de la dissolution sans liquidation de la société absorbée ou scindée<sup>(116)</sup>. Certains y puisent un nouvel argument en faveur de la thèse de la disparition de la personnalité de la société absorbée<sup>(117)</sup>.

Au rang des nouveautés introduites par la loi du 29 juin 1993, on épingle l'attribution de plein droit aux actionnaires de la société absorbée de la qualité d'actionnaires de la société absorbante et la consécration de la notion de dissolution sans liquidation<sup>(118)</sup>. La loi innove également en ce qu'elle ne prohibe pas la transmission des contrats *intuitu personae* (voy. *infra*, n° 44).

**27. – Loi du 13 avril 1995<sup>(119)</sup> et le Code des sociétés.** La loi du 13 avril 1995 apporte une nouvelle pierre à l'édifice construit par la loi du 29 juin 1993. Elle améliore la réglementation relative aux fusions

(112) Loi du 29 juin 1993 modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 21 juillet 1993.

(113) Sur le retard pris par le législateur pour transposer ces directives, voy. G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 195.

(114) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 195 ; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, pp. 879 et s. Les sociétés agricoles et les groupements économiques échappent à la réglementation.

(115) Loi du 29 juin 1993 modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 21 juillet 1993.

(116) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 172 ; Th. BLOCKERYE, *Acquisitions et fusions*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 170.

(117) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, p. 169, notes 27 et 28.

(118) Th. BLOCKERYE, *ibid.*, pp. 169-170.

(119) Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995. Voy., sur l'origine de cette loi et les changements notables qu'elle apporte, J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales. Lois du 7 et 13 avril 1995*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 10, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 1 et s. ; J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales. Des lois coordonnées au Code des sociétés*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 33, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 17 et s.

et scissions<sup>(120)</sup> et crée un cadre légal pour les apports d'universalité et de branche d'activité<sup>(121)</sup>. Une nouvelle section VIII<sup>quater</sup> voit le jour et est dédiée à ces dernières opérations de restructuration<sup>(122)</sup>. La grande nouveauté du régime réside dans l'organisation des effets de l'apport<sup>(123)</sup>. La procédure est dans une large mesure empruntée à celle des fusions et scissions<sup>(124)</sup>. L'apport entraîne le transfert du patrimoine actif et passif.

Le pouvoir de codification conféré au Roi par l'article 110 de la loi du 13 avril 1995 a finalement abouti à la loi du 7 mai 1999<sup>(125)</sup> contenant le Code des sociétés. La matière des restructurations migre dans le livre XI du Code des sociétés et figure aux articles 670 à 773 du Code<sup>(126)</sup>.

**28. – Le nouveau Code des sociétés et des associations.** La réforme du droit des sociétés était annoncée et attendue depuis de nombreux mois<sup>(127)</sup>. Le Conseil des ministres a approuvé le 20 juillet 2017 l'avant-projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations<sup>(128)</sup>. Le projet de loi<sup>(129)</sup> fut ensuite déposé à la chambre le 4 juin 2018 et fut adopté en séance plénière le 28 février 2019<sup>(130)</sup>. La quatrième partie du futur Code est consacrée aux restructurations

(120) J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales. Lois du 7 et 13 avril 1995*, *op. cit.*, p. 6, et sur les deux modifications significatives apportées par la loi, *ibid.*, p. 187.

(121) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 664 ; J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales. Des lois coordonnées au Code des sociétés*, *op. cit.*, p. 22.

(122) R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 893.

(123) J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales. Lois du 7 et 13 avril 1995*, *op. cit.*, p. 188 ; J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales. Des lois coordonnées au Code des sociétés*, *op. cit.*, p. 222.

(124) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, pp. 657-682.

(125) Loi du 7 mai 1999 contenant le Code des sociétés, *M.B.*, 6 août 1999.

(126) C'est cette numérotation du Code que nous privilégierons dans le cadre de la présente étude.

(127) Y. DE CORDT et H. CULOT, « Voici venir le Code des sociétés et des associations », *Rev. prat. soc.*, 2017, pp. 771-772 ; M. DAVAGLE, « Les ASBL et le projet de Code des sociétés et des associations », *B.J.S.*, 2017, n° 593, p. 14 ; H. DE WULF, « Het voorontwerp van een wetboek van vennootschappen en verenigingen : een eerste overzicht », *Tax, Audit & Accountancy*, n° 56, octobre 2017, pp. 7-56. Voy. également H. DE WULF, « Naar een grondige herdenking van het Belgisch vennootschapsrecht : het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht vraagt uw mening ! », *R.D.C.*, 2014, pp. 819-826 ; Rapport fait au nom de la commission de Droit commercial et économique par Francis Delpérée, Échanges de vues avec le ministre de la Justice et des experts du Centre belge du droit des sociétés sur la modernisation du droit des sociétés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1500/001.

(128) Voy., sur cette réforme, l'avis du Conseil central de l'économie, [www.cceerb.fgov.be/txt/fr/doc17-2017.pdf](http://www.cceerb.fgov.be/txt/fr/doc17-2017.pdf).

(129) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-3119/001.

(130) Voy. loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.*, 4 avril 2019.

et transformations. Sont traités successivement la restructuration de sociétés (livre 12), les apports à titre gratuit d'universalité ou de branche d'activité par une association ou fondation (livre 13) et la transformation des sociétés (livre 14)<sup>(131)</sup>.

## 2. La fusion

**29. – Présentation.** Le Code des sociétés distingue les fusions par absorption<sup>(132)</sup> des fusions par constitution<sup>(133)</sup>. Ces deux types de fusions sont subordonnés à des conditions de fond<sup>(134)</sup> et des conditions de forme<sup>(135)</sup>. La fusion emporte plusieurs effets<sup>(136)</sup>. Parmi ceux-ci, on étudiera plus particulièrement le transfert de plein droit des actifs et passifs de la société absorbée à la société absorbante (a)), les mesures de publicité à l'égard des tiers (b)) ainsi que les sanctions attachées au non-respect des procédures légales (c)).

(131) La loi du 23 mars 2019 ayant été adoptée et publiée entre la remise de la présente contribution et sa publication, il ne nous a pas été possible de modifier l'ensemble des développements et d'actualiser les renvois aux articles du Code.

(132) L'article 671 du Code des sociétés définit la fusion par absorption comme « l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre société, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'intégralité de leur patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution à leurs associés d'actions ou de parts de la société absorbante et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées, ou à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ».

(133) L'article 672 du Code des sociétés définit la fusion par constitution d'une nouvelle société comme « l'opération par laquelle plusieurs sociétés transfèrent à une nouvelle société qu'elles constituent, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'intégralité de leur patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution à leurs associés d'actions ou de parts de la nouvelle société et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ».

(134) Ces conditions concernent la préexistence de deux sociétés au moins, l'objet des sociétés appelées à fusionner, la nationalité des sociétés et leur forme juridique. Voy., sur ces conditions, G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, pp. 216 et s. ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, pp. 18 et s.

(135) Ces conditions de forme renvoient, d'une part, à la nécessité d'obtenir, dans certaines hypothèses, des autorisations spécifiques (autorisation de l'OVAM en présence d'immeubles situés en Flandre, autorisation de certaines autorités de contrôle lorsque la fusion concerne des établissements de crédit ou entreprises d'investissement...) et, d'autre part, au respect de la procédure fixée par le législateur. Ces conditions de forme impliquent notamment la rédaction d'un projet de fusion, la rédaction de rapports, l'intervention des organes compétents pour la prise de décision, le recours à l'acte authentique, la publication des actes au *Moniteur belge*, etc. Voy., sur les conditions de formes, G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, pp. 221 et s. ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, pp. 19 et s.

(136) La fusion entraîne la disparition de la société absorbée, sans liquidation (art. 682, 1<sup>o</sup>, du Code des sociétés). Par ailleurs, les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante (ou société nouvelle) (art. 682, 2<sup>o</sup>, du Code des sociétés). Voy., sur ces effets, S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, pp. 659 et s. ; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvoordelingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbareidingsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 882.

**30. – Fusion par absorption : le modèle de référence.** Les développements afférents à la fusion par absorption nous serviront d'étalon pour aborder non seulement, la fusion par constitution d'une société nouvelle, mais également les autres opérations de restructuration. On assimile en effet généralement chacun de ces régimes, au niveau des principes, à celui de la fusion par absorption<sup>(137)</sup>. Nous nous bornerons donc, après avoir étudié le régime de la fusion par absorption, à souligner les caractéristiques propres à chacun des autres régimes (points 3 à 5). L'emploi des termes « sociétés absorbée » et « société absorbante » sera donc souvent privilégié bien que les hypothèses visées soient plus larges<sup>(138)</sup>.

a) *Le principe de la transmission universelle*

i. *Principes*

α Base légale et portée de la règle

**31. – Base légale.** Le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante (ou des sociétés qui fusionnent à la société nouvelle) est énoncé à l'article 682, 3°, du Code des sociétés. Il constitue une caractéristique essentielle de la fusion<sup>(139) (140)</sup>.

**32. – Portée de la règle.** La transmission universelle conduit à un transfert automatique (de plein droit et sans formalité)<sup>(141)</sup> de tous les éléments d'actif et de passif, à savoir notamment l'ensemble des créances, des dettes, des contrats en cours et de tous les autres éléments du patrimoine (autorisations administratives, avantages

(137) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Cerehe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 4.

(138) La fusion par constitution d'une nouvelle société est, par exemple, généralement visée bien que les termes « sociétés dissoutes » et « société nouvellement créée » ne soient pas utilisés.

(139) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 206 ; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenoverpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 882 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 128 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1983.

(140) Le principe était toutefois déjà consacré en doctrine et en jurisprudence (voy. notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 749). Le législateur européen avait également retenu ce principe (voy. la Troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g), du Traité et concernant les fusions de sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L 295 du 20 octobre 1978, p. 36, le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, *J.O.C.E.*, L 294 du 10 novembre 2001, p. 1, et la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, L 310 du 25 novembre 2005, p. 1).

(141) P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 1986.



fiscaux, etc.)<sup>(142)</sup>. Les parties ne peuvent exclure certains éléments de la transmission universelle<sup>(143)</sup>.

**33. – Absence ou exigence de formalité ?** Le principe de la transmission universelle du patrimoine n'est pas subordonné à l'accomplissement de formalités spécifiques<sup>(144)</sup>. Il n'y a donc pas lieu de respecter les formalités de l'article 1690 du Code civil en cas de cession de créance, de procéder à l'enregistrement de la cession d'un gage sur fonds de commerce dans le registre des gages, d'endosser les lettres de change...<sup>(145)</sup> Le transfert sortit ses effets de plein droit.

La seule formalité à accomplir est celle liée à l'opération même de fusion<sup>(146)</sup>. La décision de fusion doit en effet être publiée aux Annexes du Moniteur belge<sup>(147)</sup>. Cette publication rend la transmission opposable aux tiers, sauf dérogation expresse du législateur (*infra*, n<sup>os</sup> 47 et s.)<sup>(148)</sup>. Le transfert de chacun des éléments du patrimoine est opposable par cette seule formalité.

Des mesures supplémentaires sont parfois requises en présence de certains types de sociétés tels que les établissements de crédit, les entreprises d'assurance, les entreprises d'investissement<sup>(149) (150)</sup>.

(142) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 2 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 130.

(143) K. BYTTEBIER, *ibid.*, p. 130.

(144) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 660.

(145) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et scissions de sociétés les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1989-1990, n<sup>o</sup> 1214/1, p. 14 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1986. Voy. également, avant la mise en place des régimes spécifiques par le législateur, P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », *op. cit.*, pp. 423 et s.

(146) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 660 ; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 890.

(147) Art. 683 qui renvoie à l'art. 76 du Code des sociétés. Il s'agit d'une publication par extrait. Voy. R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 890. L'article 76, alinéa 3, prévoit que « Pour les opérations intervenues avant le seizième jour qui suit celui de la publication, ces actes ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance ». Les tiers peuvent toutefois se prévaloir, conformément à l'article 76 du Code des sociétés, des actes dont la publicité n'a pas été effectuée (P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 427).

(148) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 171 ; Th. BLOCKERYE, *Acquisitions et fusions*, *op. cit.*, p. 171.

(149) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 29 ; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, pp. 913 et s.

(150) Voy. notamment les art. 77 et 78 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse, *M.B.*, 7 mai 2014 ; les art. 38 et 39 de la loi du 25 octobre 2016 relative à l'accès à l'activité de prestation de services d'investissement et au

## β Le transfert de l'actif

**34. – Transferts de créances.** Parmi les éléments d'actif transférés<sup>(151)</sup>, notre regard se pose sur les créances de la société absorbée et les sûretés y attachées. Les exceptions au transfert automatique des actifs sont étudiées *infra*, n<sup>os</sup> 46 et s.

Le transfert des créances, par son caractère automatique, échappe aux formalités prévues à l'article 1690 du Code civil<sup>(152)</sup>. Toutes les créances font l'objet de la transmission, peu importe leur source<sup>(153)</sup> et qu'elles soient actuelles, conditionnelles ou même éventuelles<sup>(154)</sup>.

Les créances transmises subsistent, de sorte que la société absorbante ou nouvelle peut se voir opposer les exceptions et moyens de défense dont le débiteur disposait à l'égard de la société dissoute<sup>(155)</sup>. Il ne peut être question de novation<sup>(156)</sup>.

Conformément à l'article 1692 du Code civil<sup>(157)</sup>, les accessoires de la créance sont également transmis à la société absorbante ou nouvelle<sup>(158)</sup>. Cette dernière pourra dès lors faire appel aux sûretés réelles (*infra*, n<sup>o</sup> 35) et personnelles (*infra*, n<sup>o</sup> 36) qui garantissent la créance.

**35. – Sort des sûretés réelles.** Parmi les sûretés qui sont concernées par le transfert, on distingue d'une part, les sûretés qui garantissent les créances qu'ont les sociétés impliquées dans la fusion sur leurs débiteurs et, d'autre part, les sûretés qui garantissent les créanciers des sociétés qui fusionnent<sup>(159)</sup>.

---

statut et au contrôle des sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement, *M.B.*, 18 novembre 2016 ; l'art. 102, 2<sup>e</sup>, de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance, *M.B.*, 23 mars 2016.

(151) Voy., pour une analyse plus générale, D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, pp. 2 et s. Sur le transfert de terrains, voy. P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, pp. 429 et s.

(152) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, pp. 657-661.

(153) K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 131.

(154) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 897.

(155) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 661.

(156) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 3.

(157) Cet article dispose : « La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque. » Voy. sur cet article A. CHRISTIAENS, « Art. 1692 B.W. », in *Bijzondere overeenkomsten, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, année 2001, 11 p. L'auteur revient notamment sur la controverse relative à l'obligation pour le cessionnaire d'avertir la sûreté personnelle de la cession conformément à l'article 1690. La question fait en effet débat en doctrine.

(158) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 287.

(159) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 243.



Seules les premières sont attachées au transfert des actifs et font l'objet des présents commentaires (voy. sur les secondes, *infra*, n° 39).

Le principe est, de prime abord, limpide. Les sûretés attachées aux créances transmises sont transférées avec ces créances<sup>(160)</sup>. Certains cas d'application posent toutefois question.

Tout d'abord, le transfert d'hypothèque doit, en principe, faire l'objet d'une transcription conformément à l'article 5 de la loi hypothécaire<sup>(161)</sup>. De nombreux auteurs avancent toutefois que cette formalité, suite à la suppression du renvoi à l'article 5 par la loi du 13 avril 1995<sup>(162)</sup>, n'a plus lieu d'être respectée<sup>(163) (164)</sup>.

La doctrine s'est également interrogée sur la possibilité pour une hypothèque « pour toutes sommes » de couvrir les créances de la société absorbante après l'opération de restructuration<sup>(165)</sup>. Les auteurs plaident majoritairement pour une analyse au cas par cas, selon les circonstances de l'espèce<sup>(166)</sup>. Il convient de vérifier si « les créances de la société absorbante tombent clairement dans la catégorie des créances que les parties originaires entendaient garantir »<sup>(167)</sup>. Selon D. Philippe et D.E. Philippe, les droits qui résultent d'un mandat hypothécaire subsistent également<sup>(168)</sup> conformément au principe de la transmission

(160) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 661.

(161) Fr. T'KINT et I. CORBIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 173 ; F. BOUCKAERT, « Pand op handelszaak, fusies en splitsingen », *T.R.V.*, 1994, n° 8, pp. 310-311 ; A. CHRISTIAENS, « Art. 1692 B.W. », *op. cit.*, 11 p.

(162) D. MATRAY, « La protection des tiers », *op. cit.*, p. 183, note 105.

(163) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 284 ; E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *T. Not.*, 1998, p. 353 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 661 ; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvoordringen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 892, note 2731 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 4.

(164) Dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales de 1993, la référence à l'article 5 était bel et bien présente. Le législateur a toutefois souhaité aligner le droit des fusions sur la loi sur le crédit hypothécaire (voy. P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 428).

(165) Voy. E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *op. cit.*, p. 355.

(166) I. PEETERS et J. CATTARUZZA, « Art. 51bis wet hypothecair krediet », in *Voorrechten en hypotheek. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 1997, n° III, pt E ; F. PARREIN, « De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden », note sous Gand, 10 avril 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 69 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 4. Voy., sur l'approche adoptée par la doctrine néerlandaise, A. VAN HIMST, « Commentaire article 51bis L. 4 août 1992 », in *Privileges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 25-26.

(167) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 4.

(168) *Ibid.*

universelle. Le gage<sup>(169)</sup> et la clause de réserve<sup>(170)</sup> de propriété suivent la même règle et bénéficient également à la société absorbante.

**36. – Sort des sûretés personnelles.** La société absorbante peut également se prévaloir des sûretés personnelles constituées au bénéfice, initialement, de la société absorbée<sup>(171) (172)</sup>. La société absorbante hérite, par exemple, de la créance garantie par la caution tandis que la caution demeure tenue<sup>(173)</sup>.

Le sort du cautionnement *omnibus* est évidemment plus délicat<sup>(174)</sup>. Peut-on en effet affirmer qu'une caution sera déchargée à l'égard de la société absorbante pour les dettes contractées par le débiteur après fusion ? En d'autres termes, l'obligation de couverture prend-elle fin tandis que l'obligation de règlement subsiste<sup>(175)</sup> ?

En Belgique, on considère que tant l'obligation de règlement que l'obligation de couverture subsistent<sup>(176)</sup>. Les sûretés personnelles qui garantissent les créances de la société absorbée sont transmises à la société absorbante à titre d'accessoires<sup>(177)</sup>.

(169) F. PARREIN, « De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden », *op. cit.*, p. 70 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, *ibid.*

(170) « La société bénéficiaire devient propriétaire des biens dont la société apporteuse s'était réservé la propriété et reprend les droits et obligations attachés aux biens assortis d'une clause de réserve de propriété souscrite au profit d'un tiers » (Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 310). Voy. E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *op. cit.*, p. 358.

(171) Th. TILQUIN, *ibid.*, p. 288 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Anvers, E. Story-Scientia, 1999, pp. 347-348 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, livre VI.2.3., p. 4.

(172) Lorsque c'est la société absorbante qui est bénéficiaire de la caution, le maintien de la caution en cas de fusion ne prête pas à discussion.

(173) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 210.

(174) E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *op. cit.*, pp. 359-360.

(175) Cette distinction fut longtemps prônée en droit français, Voy. Cass. fr., 17 juillet 1990, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 70, note Fr. T'KINT.

(176) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 288 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 211 ; E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *op. cit.*, p. 362 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, *op. cit.*, p. 347 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 5 ; F. PARREIN, « De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden », *op. cit.*, pp. 67-68 ; I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht een rechtsfiguur met veel facetten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 339. Voy., *contra*, P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, pp. 446-447.

(177) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 243 ; A. LIMPENS, « Le cautionnement de dettes futures donnera-t-il naissance en droit belge à une obligation de couverture ? », note sous Mons, 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, p. 161 ; I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht een rechtsfiguur met veel facetten*, *op. cit.*, pp. 339-340. Voy. aussi Gand, 25 janvier 2001, *T.R.V.*, 2014, p. 244, note M. WALTERS (apport d'universalité). Voy. pour un exemple de cas où il fut, par contre, jugé qu'une sûreté pour toutes sommes ne garantissait pas la créance du repreneur suite à la fusion, Gand, 10 avril 2006, *T.R.V.*, 2006, p. 235.

Il reste toutefois possible pour la caution engagée pour toutes sommes et à durée indéterminée de résilier la convention de cautionnement<sup>(178)</sup>.

En France, la solution diffère sensiblement. Vu la disparition de la société créancière suite à la fusion, la caution est déchargée des dettes nées postérieurement à la fusion<sup>(179)</sup>. Seule l'obligation de règlement subsiste. Malgré certaines hésitations nées de l'arrêt *Selectibail* du 8 novembre 2005<sup>(180)</sup>, la Cour de cassation a réaffirmé le principe à maintes reprises : l'obligation de la caution n'est maintenue pour les dettes postérieures qu'en cas de manifestation expresse de la caution de s'engager<sup>(181)</sup>. La disparition de la personne morale est assimilée au décès du créancier personne physique<sup>(182)</sup>.

## ⚖ Le transfert du passif

**37. – Transfert des dettes.** Parmi les éléments de passif transférés, notre attention se focalise sur le transfert des dettes de la société absorbée ainsi que les sûretés réelles (*infra*, n° 39) et personnelles (*infra*, n° 40) y attachées. Les exceptions à la transmission automatique du patrimoine seront étudiées séparément *infra*, n° 46 et s.

(178) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 5.

(179) F. COLONNA D'ISTRIA, « La vulnérabilité du cautionnement face à la fusion-absorption de la société créancière », in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité : études de droit français et comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 563.

(180) Cass. fr. (com.), 8 novembre 2005, *Selectibail*, *Bull. civ.*, IV, n° 218, p. 234. À l'occasion de cet arrêt, la Cour de cassation décide, en présence d'une fusion-absorption du créancier d'une dette de loyers résultant d'un crédit-bail, que cette fusion ne libère pas la caution de ses engagements. Ce prétendu revirement fut toutefois critiqué au motif que la caution portait non sur une dette future mais sur une dette présente. La distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement n'avait dès lors pas lieu d'être faite de cautionnement de dettes futures (voy. V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, Paris, IRJS, 2010, n° 99 avec les références citées).

(181) Voy. Cass. fr. (com.), 20 janvier 1987, n° 85-14035, *Bull. civ.*, IV, n° 20, *JCP G*, 1987, II.20844 note M. GERMAIN ; Cass. fr. (com.), 25 mars 1997, n° 95-12018, inédit, *D.*, 1998 somm., p. 183, obs. J.-C. HALLOUIN, *Dr. sociétés*, 1997, comm. n° 91, note T. BONNEAU ; Cass. fr. (com.), 17 juillet 2001, n° 98-15382, *Bull. civ.*, IV, n° 139 ; Cass. fr. (com.), 21 janvier 2003, n° 97-13027, *Bull. civ.*, IV, n° 9 ; Cass. fr. (civ.), 28 septembre 2004 n° 03-10810, *Bull. civ.*, I, n° 214 ; Cass. fr. (com.), 30 juin 2009, n° 0810719, inédit, *D.*, 2009.2163, obs. A. LIENHARD ; Cass. fr. (com.), 26 mai 2010, n° 09-15367, inédit, *Rev. sociétés*, 2010.302, obs. A. LIENHARD et Cass. fr. (com.), 16 septembre 2014, n° 13-17779, *D.*, 2014.1873 cités par P.-E. AUDIT, *La « naissance » des créances*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 396-398. Voy. encore Cass. fr. (com.), 13 septembre 2011, n° 10-21.370, *BRDA*, 2011, n° 18, inf. 1, *RLDA*, 2011/65, n° 3695, *Rev. sociétés*, 2012, p. 500, note J.-F. BARBIERI ; Cass. fr. (com.), 19 février 2013, n° 11-27.666, *JCP E*, 2013, 1175, *LPA*, 2013, n° 128, p. 7, note N. MORELLI ; Cass. (com.), 16 septembre 2014, n° 13-17.779, *JCP G*, 2014, 1045, *D.*, 2014, p. 1873, *Rev. sociétés*, 2015, p. 231, note F. TEFFO, *RTD civ.*, 2014, p. 892, obs. H. BARBIER, *RTD com.*, 2014, p. 841, obs. D. LEGEAIS cités par *Le Lamy, Sociétés commerciales*, Paris, Kluwer, 2017, n° 1947, point B.

(182) M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Anvers, E. Story-Scientia, 1999, p. 347, n° 658.

Le principe de la transmission universelle s'étend à l'ensemble des dettes<sup>(183)</sup>. La société absorbante (ou nouvelle) est tenue du passif de la société absorbée (ou des sociétés dissoutes) même au-delà de l'actif qu'elle recueille<sup>(184)</sup>. Toutes les dettes sont transférées même si elles n'existent que virtuellement ou en germe au moment de la réalisation de la fusion<sup>(185)</sup>. Sont donc incluses dans le transfert les obligations de garantie (garantie des vices cachés, responsabilité décennale...), l'obligation de paiement qui résulte d'une violation d'une obligation de non-concurrence, etc<sup>(186)</sup>. Le consentement du créancier cédé n'est pas requis. Ce dernier ne peut pas davantage s'opposer à la fusion<sup>(187)</sup>.

**38. – Décharge de la société absorbée.** Avant l'introduction des régimes spécifiques de restructuration, on enseignait que la société absorbée n'était pas déchargée suite à la fusion<sup>(188)</sup>. On fondait classiquement cette solution sur le mécanisme de la délégation de dettes. Le recours à la stipulation pour autrui était nettement moins satisfaisant<sup>(189)</sup>. Cette conception était toutefois artificielle. La société absorbée n'avait plus véritablement d'existence réelle, ni de biens<sup>(190)</sup>. La théorie de la survie de la société pour les besoins de sa liquidation ne permettait pas davantage aux créanciers d'exercer leurs droits à défaut d'actifs à réaliser<sup>(191)</sup>. Les actions qui sont remises aux actionnaires en contrepartie de la fusion ne permettent pas de pallier les difficultés vu qu'elles ne tombent pas dans le patrimoine de la société absorbée<sup>(192)</sup>.

(183) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 662. Il est toutefois permis de déroger à ce principe conventionnellement et de soumettre le transfert de la dette à l'accord du créancier cédé.

(184) P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », *op. cit.*, p. 429 ; G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 240. Voy. également, Liège, 5 janvier 1959, *Rev. prat. soc.*, 1959, p. 228.

(185) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 288 ; Th. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *op. cit.*, p. 502 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 11 ; P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 426.

(186) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 288.

(187) K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 130 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1987.

(188) P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », *op. cit.*, p. 428 ; G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 240.

(189) P. COPPENS et Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 429.

(190) *Ibid.*, p. 429.

(191) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 240.

(192) P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », *op. cit.*, p. 429.

La dissolution sans liquidation prévue par le législateur conjuguée au mécanisme de protection des tiers met finalement un terme à ces hésitations.

**39. – Transfert des sûretés réelles.** Le principe de la transmission universelle veut que le passif soit transmis avec ses accessoires<sup>(193)</sup>. Le sort des sûretés réelles qui garantissent les dettes de la société absorbée fut toutefois longuement discuté en commission<sup>(194)</sup>. L'opération de fusion n'est, en effet, pas sans incidence sur la consistance du gage commun des créanciers.

Le sort de l'hypothèque peut être rapidement évacué. Le droit de suite du créancier hypothécaire permet, en effet, d'éviter les écueils que crée le transfert<sup>(195) (196)</sup>. Des difficultés se posent toutefois en présence d'une hypothèque pour toutes sommes lorsqu'il est soutenu que cette sûreté ne couvre plus les dettes postérieures à la fusion<sup>(197)</sup>. Pour se prémunir, il est conseillé au créancier d'exiger une nouvelle sûreté<sup>(198)</sup>. L'insertion de clauses spécifiques dans l'acte d'hypothèque est également vivement souhaitable.

D'autres obstacles se dressent en matière de gage sur fonds de commerce<sup>(199)</sup>. Il convient, en effet, de tenir compte des caractéristiques propres de ce dernier. Le fonds de commerce consiste en un ensemble d'éléments liés entre eux par une affectation commune : la clientèle<sup>(200)</sup>. Il est variable et fluctuant<sup>(201) (202)</sup>, de sorte que la fusion pourrait entraîner la disparition de l'assiette de la sûreté<sup>(203)</sup>.

(193) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, op. cit., p. 289.

(194) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Cerexhe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, pp. 22-27.

(195) *Ibid.*, p. 24 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, op. cit., p. 134.

(196) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », op. cit., p. 243 ; E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », op. cit., p. 351 ; F. PARREIN, « De fusie van ondernemingen en "alle sommen"-zekerheden », op. cit., p. 69 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », op. cit., livre VI.2.3, p. 18.

(197) K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, op. cit., p. 133.

(198) *Ibid.* Voy. *infra*, n° 61 et s.

(199) Voy. suite à la réforme, l'article 7 de la section 1 du chapitre 1 du titre XVII du livre III du Code civil.

(200) P.-A. FORIERS, « Aspects de droit privé de la cession du fonds de commerce. Le contrat de cession de fonds de commerce en droit commun », in H. COUSY et B. TILLEMANS (éd.), *De handelszaak/Le fonds de commerce*, Bruges, die Keure, 2001, p. 130 ; R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », op. cit., p. 15.

(201) P.-A. FORIERS, *ibid.*, p. 131 ; R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, *ibid.*, p. 16 ; D. WILLERMAIN, « La cession d'un patrimoine professionnel à titre onéreux : aspects de droit civil et de droit commercial », op. cit., p. 29.

(202) Le fonds de commerce dépend notamment de la nature des activités, de la volonté des parties et des opérations juridiques envisagées (C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », op. cit., p. 11).

(203) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 29.

Pour certains auteurs, s'il y a confusion entre les éléments apportés et les éléments existants, le fonds de commerce n'est plus identifiable<sup>(204)</sup> et l'assiette de la sûreté disparaît<sup>(205)</sup>. Cette dernière ne présente, dès lors, plus aucune utilité. Une analyse de chaque cas d'espèce est préconisée en vue de vérifier si la fusion entraîne la disparition du fonds gagé<sup>(206)</sup> ou si ce dernier demeure identifiable<sup>(207)</sup>. Le critère du maintien de la clientèle est déterminant<sup>(208)</sup>.

Pour T. Tilquin, « il faut en réalité généralement considérer que le gage est reporté sur un fonds unique et que le concours se règle également par l'ordre des inscriptions »<sup>(209)</sup>. Cette position est contredite par les travaux préparatoires qui précisent que le gage n'est pas étendu tant que les clientèles des deux sociétés restent distinctes<sup>(210)</sup>. Seul un regroupement des activités commerciales pourrait donner lieu à extension du gage<sup>(211)</sup> ou, en d'autres termes, une « restructuration complète des deux entités au sein de la société absorbante »<sup>(212)</sup>. En tout état de cause, l'intégration du fonds de commerce de la société absorbée au sein de la société absorbante ne peut résulter de la seule fusion<sup>(213)</sup>. Les créanciers gagistes doivent donc redoubler de prudence et éviter qu'une fusion qui entraîne la disparition de l'assiette de leur gage ait lieu sans qu'ils n'en soient avertis. Le problème peut être résolu en insérant des clauses de notification et d'information préalable<sup>(214)</sup>. Une autre solution consiste, pour les créanciers qui voient leurs sûretés réduites, à demander une nouvelle sûreté conformément à l'article 684 du Code des sociétés (voy. *infra*, n° 60)<sup>(215)</sup>.

(204) F. PARREIN, « De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden », *op. cit.*, p. 69. Voy. également les références citées par D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 17, note 5.

(205) Voy. aussi K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 134.

(206) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 29.

(207) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 243.

(208) F. PARREIN, « De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden », *op. cit.*, p. 69.

(209) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 301.

(210) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Cerehxe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 26 et p. 42.

(211) *Ibid.*

(212) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 210.

(213) *Ibid.*

(214) K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 134.

(215) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 301 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 16.

Le sort des privilèges est moins délicat. Les privilèges spéciaux et généraux se retrouvent tels quels dans le patrimoine de la société absorbante<sup>(216)</sup>. La consistance de l'assiette des privilèges généraux peut toutefois se trouver modifiée<sup>(217)</sup>. Suite à la fusion, ces privilèges bénéficient en effet d'une assiette plus large. C'est désormais l'ensemble du patrimoine – qui comprend le patrimoine de la société absorbée – de la société absorbante qui est grevé du privilège<sup>(218)</sup>. À l'inverse, l'assiette des privilèges spéciaux reste inchangée<sup>(219)</sup>. Le mécanisme de protection prévu par le législateur à l'article 684 du Code des sociétés peut également être mobilisé<sup>(220)</sup>.

La clause de réserve de propriété n'est pas non plus affectée par la transmission des dettes<sup>(221)</sup>.

**40. – Transfert des sûretés personnelles.** Les sûretés pour toutes sommes constituées par des tiers suscitent des interrogations similaires à celles déjà exposées dans le cadre du transfert de l'actif et des sûretés personnelles y attachées (voy. *supra*, n° 36). La question se pose de savoir si les sûretés personnelles consenties pour garantir les dettes de la société absorbée (ou absorbante) au profit de ses créanciers subsistent malgré la fusion ? Doit-on opérer, en présence d'une caution *omnibus*, une ligne de démarcation entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture<sup>(222)</sup> ?

On distingue généralement selon que le débiteur de l'obligation garantie est la société absorbante ou la société absorbée<sup>(223)</sup>.

Dans la première hypothèse, la société débitrice de l'obligation garantie conserve, en tant que société absorbante, son existence. Son patrimoine est donc intact tandis que celui de la société absorbée lui est transmis. On considère dès lors que la sûreté personnelle pour toutes

(216) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Cereixe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 24 ; E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *op. cit.*, p. 351 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 207 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 134.

(217) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, p. 209.

(218) *Ibid.*, p. 210.

(219) *Ibid.*, p. 208.

(220) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 244.

(221) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 310.

(222) *Ibid.*, p. 305.

(223) H. DE WULF, « Borgtocht en fusie : enkele opmerkingen », note sous Bruxelles, 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 550 ; M. SERVAIS, « De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe gelidigheidsvoorwaarde voor de borgstelling ? », note sous Cass., 19 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 400.



sommes n'est pas libérée de ses obligations<sup>(224)</sup>. Elle sera tenue de garantir les nouvelles dettes de la société absorbante à l'égard du créancier.

La Cour de cassation est toutefois venue récemment nuancer ce principe. À l'occasion de son arrêt du 19 mai 2016<sup>(225)</sup>, la Cour censure l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 20 avril 2015<sup>(226)</sup> qui avait décidé, en présence d'une société absorbante débitrice de l'obligation garantie par une caution pour toutes sommes, que « *De borgtocht voor actuele en toekomstige schulden blijft dan ook zowel de bestaande als de toekomstige schulden waarborgen, tenzij de borg zijn borgstelling voor de toekomst opzegt* » et « *De latere fusie van de hoofdschuldenaar, door opsorping van andere vennootschappen, heeft niet voor gevolg dat de borgtocht onbehaalbaar wordt* ». La Cour suprême se fonde sur l'article 2015 du Code civil qui prévoit que le cautionnement doit être exprès et ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. Partant, « le cautionnement doit être interprété de manière restrictive en ce sens que la caution ne peut être considérée comme voulant s'engager qu'en vue de garantir les engagements qu'elle peut raisonnablement prévoir lors de la conclusion du cautionnement ». Le critère de déterminabilité des créances est au centre des débats. La Cour casse ainsi l'arrêt attaqué aux motifs que « les juges d'appel, qui ont considéré que le cautionnement [...] s'étendait à l'ensemble des dettes du débiteur principal à l'égard de la défenderesse, que ces dettes soient nées avant ou après la fusion du débiteur principal par absorption d'autres sociétés, sans examiner si le demandeur pouvait raisonnablement prévoir ce passif lors de la conclusion du contrat de cautionnement, ont violé l'article 2015 du Code civil ». La Cour souligne ici toute l'importance d'une appréciation de la situation concrète de la caution sans nécessairement, selon la doctrine, édicter de nouvelles règles absolues<sup>(227)</sup>.

On relève également la décision rendue par la Cour de cassation française le 28 février 2018<sup>(228)</sup>. Les faits à l'origine du litige s'écartent toutefois de l'hypothèse précitée dès lors que les dettes pour lesquelles

(224) M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, op. cit., p. 350 ; I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht een rechtsfiguur met veel facetten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 342.

(225) Cass., 19 mai 2016, *Pas.*, 2016, p. 1134, *R.D.C.*, 2017, p. 394, note M. SERVAIS, « De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling ? », pp. 396-406.

(226) Anvers, 20 avril 2015, *T.B.O.*, 2015, p. 271.

(227) H. DE WULF, « Borgtocht en fusie : enkele opmerkingen », note sous Bruxelles, 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 550.

(228) Cass. fr. (com.), 28 février 2018, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr). Voy. aussi Cass. fr. (com.), 28 février 2018, *T.R.V.-R.P.S.*, 2019, p. 73, avec la note de F. GEORGE, pp. 43-80.



l'intervention de la caution est sollicitée étaient, en France, celles des sociétés absorbées<sup>(229)</sup>. À l'occasion de cet arrêt, la Cour rejette le pourvoi dirigé contre la décision qui avait refusé de libérer une caution suite à l'absorption par la société débitrice (société dont les dettes étaient garanties par la caution) de deux autres sociétés (sociétés absorbées). La caution invoquait ne pas être tenue des dettes contractées par les sociétés absorbées antérieurement à la fusion auprès du créancier. La Cour balaye cet argument et refuse de censurer l'arrêt qui considère que, en présence d'un cautionnement de l'ensemble des engagements, présents ou futurs, de la société absorbante à l'égard du créancier, la caution est tenue de garantir les engagements souscrits par les sociétés absorbées à l'égard du créancier, lesquels ont été transmis universellement à la société absorbante. La particularité de cette affaire tient au fait que, la personnalité juridique de la société absorbante n'étant pas affectée du fait de la fusion, il n'existait aucune cause d'extinction de l'obligation de couverture. Les dettes antérieures à la fusion contractées par les sociétés absorbées à l'égard du créancier sont donc transmises et garanties puisqu'elles sont nées pendant la période de couverture.

Dans la seconde hypothèse, la sûreté *omnibus*<sup>(230)</sup> garantit les dettes de la société absorbée. Suite à la fusion, cette dernière est dissoute<sup>(231)</sup>. La question de sa libération se pose donc avec plus d'acuité.

La doctrine belge est divisée sur la question. D'un côté<sup>(232)</sup>, d'aucuns plaident pour la libération de la caution de son obligation de couverture. De l'autre<sup>(233)</sup>, on préconise le maintien de la caution dès lors que le patrimoine de la société absorbée n'est pas modifié substantiellement.

(229) Dans l'affaire qui remonta jusqu'à notre Cour de cassation, les dettes visées étaient celles de la société absorbante contractées postérieurement à la fusion.

(230) Le maintien de la sûreté personnelle qui garantit une dette déterminée n'est guère problématique. Elle survit à la fusion. Plus délicate se révèle la question du maintien d'une telle sûreté lorsqu'elle revêt un caractère général (M. SERVAIS, « De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling ? », note sous Cass., 19 mai 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 401).

(231) M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, *op. cit.*, p. 351.

(232) E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Anvers, Kluwer, 1996, pp. 248-249, n° 381 ; F. PARREIN, « De fusie van ondernemingen en "alle sommen"-zekerheden », *op. cit.*, pp. 68-69 ; P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, n° 847. Voy. aussi l'opinion de Th. Tilquin, qui n'exclut pas la caducité de l'engagement de couverture de la caution pour l'avenir (*Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, n° 446, p. 304). Voy., pour une analyse des solutions en droit comparé, E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *op. cit.*, pp. 361 et s.

(233) I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht een rechtsfiguur met veel facetten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 344. Voy. l'opinion de Th. TILQUIN, qui n'exclut toutefois pas la caducité de l'engagement de couverture de la caution pour l'avenir en cas de bouleversement de l'organisation de l'entreprise à l'occasion d'une fusion (*Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, n° 446, p. 304 et n° 514, pp. 345-346). Ce point de vue est reproduit par M. Van Quickenborne (*Borgtocht*, *op. cit.*, pp. 352-353) qui concède toutefois qu'il n'est guère satisfaisant pour la pratique dès lors qu'il crée une insécurité juridique. Voy., de manière moins explicite, A. LIMPENS, « Le cautionnement de dettes futures

La question fut récemment soumise à l'appréciation de la cour d'appel de Bruxelles. Dans son arrêt du 21 juin 2016<sup>(234)</sup>, la cour semble se rallier à la thèse défendue par le premier courant. Elle ancre sa décision dans les articles 2011, 2013 et 2015 du Code civil. Pour la cour, la caution n'est pas tenue des dettes d'une personne autre que le débiteur pour lequel elle s'est portée caution. La cour décide, dès lors, que le cautionnement ne s'étend pas aux dettes nouvelles de la société absorbante<sup>(235)</sup>.

Une autre hypothèse mérite encore l'attention. Il s'agit de celle où la société absorbée n'est plus débitrice des engagements cautionnés, mais cautionne elle-même la dette d'un tiers. Dans ce cas de figure, l'obligation de caution passe à la société absorbante<sup>(236)</sup>.

**41. – Mise en place d'un système de protection des créanciers (renvoi n<sup>os</sup> 60 et s.).** Le transfert des dettes est évidemment plus sensible et délicat que le transfert des créances. Les créanciers des sociétés impliquées dans la fusion peuvent, en effet, voir d'un mauvais œil l'amoindrissement de leur gage commun suite à l'opération de fusion. Ces créanciers sont susceptibles, du fait de la fusion, d'entrer en concours<sup>(237)</sup>.

Afin de protéger les créanciers, outre le respect à titre exceptionnel de certaines formalités d'opposabilité (*infra*, n<sup>o</sup> 49), le législateur met en place un système de garantie. Sous la pression du législateur européen qui fait obligation aux États membres de « prévoir un système de protection des intérêts des créanciers des sociétés qui fusionnent pour les créances nées antérieurement à la publication du projet de fusion et non encore échues au moment de cette publication »<sup>(238)</sup>, le législateur belge fut contraint de prendre la plume (*infra*, n<sup>o</sup> 60).

donnera-t-il naissance en droit belge à une obligation de couverture ? », note sous Mons, 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, p. 162.

(234) Bruxelles, 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 544, note H. DE WULF.

(235) L'annotateur de l'arrêt considère que la cour d'appel n'a pas entendu formuler de règle absolue. Un examen concret des faits doit permettre de déterminer si les dettes garanties étaient raisonnablement « voorzienbaar » et si le cautionnement est bien un cautionnement pour toutes sommes (H. DE WULF, « Borgtocht en fusie : enkele opmerkingen », note sous Bruxelles, 21 juin 2016, *R.D.C.*, 2017, pp. 550-551).

(236) E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *op. cit.*, p. 3612 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht, op. cit.*, p. 339 ; F. PARREIN, « De fusie van ondernemingen en 'alle sommen'-zekerheden », *op. cit.*, p. 69 ; I. VAN DEN BOSCH, *Borgtocht een rechtsfiguur met veel facetten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 338.

(237) P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », *op. cit.*, p. 432.

(238) Art. 13 de la Troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g), du Traité et concernant les fusions de sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L. 295 du 20 octobre 1978, p. 36, et art. 12 de la Sixième directive du Conseil du 17 décembre 1982 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g), du Traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L. 378 du 31 décembre 1982, p. 36.

## δ Le transfert des contrats

**42. – Principe de transmission universelle.** Le principe de la transmission universelle des contrats prend le pas sur la théorie du dépeçage. Les obligations réciproques des parties sont transférées sans qu'il n'y ait lieu à l'accomplissement de quelconques formalités supplémentaires.

L'ensemble du rapport contractuel est transféré<sup>(239)</sup>. Les droits de la société absorbée issus de la relation contractuelle initiale peuvent être exercés par la société absorbante : exception d'inexécution, réclamation sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, résolution... La société absorbante qui souhaiterait mettre un terme aux contrats souscrits par la société absorbée n'aura d'autre choix que de le faire dans le respect des dispositions légales et conventionnelles applicables<sup>(240)</sup>.

**43. – Levée des obstacles.** Outre l'absence de formalités, d'autres obstacles sont encore levés. Le cocontractant ne doit pas marquer son accord sur la cession du contrat<sup>(241)</sup>. De plus, les restrictions légales à la cession de certains contrats sont neutralisées, sauf volonté expresse du législateur<sup>(242)</sup>. Ainsi les législations sur les baux commerciaux<sup>(243)</sup> et les baux à ferme<sup>(244)</sup> n'entravent pas la transmission des contrats.

**44. – Cas spécifique des contrats *intuitu personae*.** Le sort des contrats *intuitu personae* a connu un véritable bouleversement<sup>(245)</sup>.

Dans un premier temps, la solution empruntée à l'article 1122 du Code civil consistait à dire que les contrats *intuitu personae* n'étaient pas cédés en cas de fusion<sup>(246)</sup>, sauf accord du cocontractant<sup>(247)</sup>.

(239) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, op. cit., p. 289.

(240) G. KEUTGEN, « Le nouveau régime des directives européennes en matière de fusion et opérations assimilées », in *Modes de rapprochement structurel des entreprises*, Commission droit et vie des affaires de l'Université de Liège, E. Story-Scientia, 1986, p. 111.

(241) P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », op. cit., p. 435 ; P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, op. cit., p. 497.

(242) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, op. cit., pp. 293-294.

(243) Art. 10 et 11 de loi du 30 avril 1951. On notera également l'adoption du Décret du 15 mars 2018 relatif au bail commercial de courte durée et modifiant le Code civil, *M.B.*, 28 mars 2018.

(244) Art. 30 de la loi du 4 novembre 1969. Voy. également les art. 47 et s. qui régissent le droit de préemption. On notera que le Décret modifiant diverses législations en matière de bail à ferme a été adopté par le Parlement wallon le 30 avril 2019. Son entrée en vigueur est fixée le 1<sup>er</sup> janvier 2020.

(245) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », op. cit., livre VI.2.1, p. 4 ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 28.

(246) P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », op. cit., p. 435. Les exceptions à l'article 1122 du Code civil étaient soit tirées de la volonté des parties, soit de la nature du contrat (Fr. T'KINT et I. CORBISSIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », op. cit., p. 174). Voy. les auteurs de doctrine français et belges cités par A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Paris, Litec, 1998, pp. 194 et s.

(247) Voy., pour les quelques décisions en sens contraire, Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, op. cit., p. 291, note n° 66.

L'application par analogie de l'article 1122 du Code civil n'a toutefois pas tardé à essuyer de nombreuses critiques<sup>(248)</sup>. Une des difficultés principales de ce régime consistait à pouvoir déterminer exactement les contours des contrats *intuitu personae*<sup>(249)</sup>. Plusieurs auteurs ont, dès lors, prôné une limitation de l'*intuitus personae* aux contrats dans lesquels l'intervention du cocontractant se confond avec l'objet ou la cause du contrat<sup>(250)</sup>. Par ailleurs, à côté de ce concept flou, est né celui d'*intuitus firmae*<sup>(251)</sup> qui, pour certains, ne faisait pas obstacle à la cession des contrats<sup>(252)</sup>.

Dans un second temps, les Troisième et Sixième directives<sup>(253)</sup> ont adopté une autre approche<sup>(254)</sup>. Les contrats *intuitu personae* ne sont plus exceptés du transfert<sup>(255)</sup> <sup>(256)</sup>. La loi du 29 juin 1993 semble transposer la solution nouvelle inspirée du législateur européen : les contrats *intuitu personae* font partie intégrante du transfert<sup>(257)</sup> <sup>(258)</sup>.

(248) Voy. en faveur de la transmission des contrats conclus *intuitu personae*, P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1989.

(249) A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », *op. cit.*, pp. 200-201 ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 663 ; P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 438 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 132 ; F. MOURLON-BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *T. R. V.*, 2017, pp. 273 et s. Voy., sur le caractère flou de la notion de contrat *intuitu personae* et les différentes intensités de l'*intuitus personae*, Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat *intuitu personae* », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, 2012 ; P. BAZIER, « L'*intuitus personae* et l'exécution des obligations contractuelles », in P. WÉRY (dir.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Questions choisies*, coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 105-175.

(250) L. AYNÈS, *La cession du contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, pp. 233 et s. Voy., sur cette distinction, H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, pp. 246 et s. A. VIANDIER, *ibid.*, p. 198.

(251) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Cerexhe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, pp. 16 et s. ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 291 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1990. Voy., sur la notion d'*intuitus firmae*, F. MOURLON-BEERNAERT, « *Intuitus personae* et sociétés », *op. cit.*, pp. 280 et s.

(252) H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, pp. 246 et s. ; Th. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *op. cit.*, p. 503. Sur la possibilité de conclure un contrat *intuitu personae* avec une personne morale, Bruxelles, 5 octobre 1988, *R. D. C.*, 1989, p. 883, note L. LIEFSOENS, « Een toepassing van de schijnleer op fusie door opsloping in het lot van overeenkomsten *intuitu personae* ».

(253) Voy. *supra*, n° 25.

(254) Voy., sur la question de savoir si le droit européen exigeait le transfert des contrats *intuitu personae*, P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, pp. 434-435.

(255) G. KEUTGEN, « Le nouveau régime des directives européennes en matière de fusion et opérations assimilées », *op. cit.*, p. 106 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 292 ; Th. BLOCKERYE, *Acquisitions et fusions*, *op. cit.*, p. 172.

(256) Certains auteurs n'y ont toutefois vu que la volonté du législateur européen de laisser le soin aux États membres de régler la question dès lors que le concept ne conduit pas, dans chaque État, aux mêmes implications (P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 435).

(257) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 179.

(258) On notera toutefois que la solution diffère en France. Cette distorsion au niveau de la transposition du droit européen ne manque pas d'étonner.

D'aucuns arguent que les travaux préparatoires<sup>(259)</sup> corroborent très clairement la solution selon laquelle les contrats *intuitu personae* sont englobés dans le transfert<sup>(260)</sup>. Ils s'appuient sur l'absence de suites réservées aux nombreux amendements déposés en vue de tempérer le revirement opéré<sup>(261)</sup>. D'autres auteurs se montrent toutefois moins tranchés<sup>(262)</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation du 22 février 2008 qui affirme qu'il n'existe pas de « principe général de droit suivant lequel un contrat conclu en considération de la personne prend fin à la mort de l'une des parties » a définitivement sonné le glas d'un principe de dissolution automatique des contrats *intuitu personae* en cas de décès et, par extension, de fusion de sociétés<sup>(263)</sup>.

La transmission automatique des contrats *intuitu personae*, qui répond à un souci de sécurité juridique<sup>(264)</sup>, n'empêche toutefois pas les parties de se prémunir et d'insérer des clauses d'incessibilité<sup>(265) (266)</sup>. Il est d'ailleurs conseillé aux parties de prévoir expressément l'éventualité d'une fusion dans le cadre de ces clauses d'incessibilité (voy. *infra*, n° 52).

**45. – Cas spécifique des contrats de travail.** Le sort des contrats fait également l'objet d'un cadre légal spécifique. La Troisième directive<sup>(267)</sup> renvoie à cet égard expressément à la directive 77/187 du

(259) Voy., pour une analyse des travaux préparatoires et de la doctrine, P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, pp. 432 et s.

(260) Voy., sur une synthèse des arguments avancés, Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, pp. 181 et s. Les auteurs tentent toutefois de démontrer qu'aucun de ces arguments n'emporte en réalité la conviction. Ils estiment que seules des considérations d'efficacité peuvent justifier une atteinte à l'*intuitus personae*.

(261) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Amendements (n° 23 à 25), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1989-1990, n° 1214/6, pp. 7 et s. Voy., sur les discussions, Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1991-1992, n° 491/5, pp. 16 et s. et pp. 63 et s. ; Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Cereixe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, pp. 17 et s.

(262) Voy. note 259.

(263) Voy. également sur l'absence de principe général, F. GEORGE et P. BAZIER, « Faillite et *intuitus personae* : un régime à redéfinir ? », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 3-35.

(264) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 665.

(265) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 246 ; A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », *op. cit.*, p. 201.

(266) Une simple « clause d'*intuitus personae* » ne suffit pas à entraver le principe de transmission universelle des contrats (S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 663 ; P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 439).

(267) Art. 12 de la Troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g), du Traité et concernant les fusions de sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L 295 du 20 octobre 1978, p. 36, qui dispose : « La protection des droits des travailleurs de chacune des

Conseil du 14 février 1977<sup>(268)</sup>, transposée, en droit belge, par la convention collective de travail 32bis du 7 juin 1985<sup>(269)</sup>.

Le chapitre 2 de cette convention met sur pied un système de protection des travailleurs en cas de changement d'employeur résultant d'un transfert conventionnel d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise<sup>(270) (271)</sup>. L'opération de fusion tombe sous le champ de ce chapitre 2, le transfert conventionnel étant entendu, conformément à l'article 6, comme « le transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ».

Partant, les contrats de travail sont transférés automatiquement<sup>(272)</sup>. L'article 7 prévoit en effet que « Les droits et obligations qui résultent pour le cédant de contrats de travail existant à la date du transfert [...] sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ». Les conditions individuelles et collectives d'application chez le cédant sont maintenues<sup>(273)</sup>. Le transfert ne requiert ni l'« intention » du cédant ou du

---

sociétés qui fusionnent est organisée conformément à la directive 77/187/CEE. » Dans la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, il est expressément indiqué dans le considérant 65 que : « Les droits des travailleurs, autres que les droits de participation, devraient rester organisés conformément aux dispositions nationales visées par les directives du Conseil 98/59/CE et 2001/23/CE et les directives du Parlement européen et du Conseil 2002/14/CE et 2009/38/CE. »

(268) Directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissement, *J.O.C.E.*, L. 61 du 5 mars 1977, p. 26. Depuis lors a été adoptée la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.C.E.*, L. 82 du 22 mars 2001, p. 16. Voy., sur le champ d'application de la directive 2001/23/CE, A. MORTIER, « Le champ d'application matériel de la réglementation relative au transfert conventionnel d'entreprise », *Orientations*, 2016, pp. 2-18.

(269) CCT n° 32bis conclue le 7 juin 1985 au sein du Conseil national du travail, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 25 juillet 1985, *M.B.*, 9 août 1985.

(270) Voy., pour une étude approfondie de ces aspects sociaux, Th. CAVENAILE et Fr. LIGOT, « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté », in *La cession d'une entreprise en difficulté*, coll. CUP, vol. 159, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 231-273.

(271) Trois éléments doivent être réunis : un changement d'employeur, le transfert d'une entreprise ou partie d'entreprise et le caractère conventionnel du transfert (Th. CAVENAILE et Fr. LIGOT, *ibid.*, p. 240).

(272) P. Hainaut-Hamende souligne que, à la suite de la modification opérée par la loi de 1993 qui prône le transfert automatique des contrats *intuitu personae*, la CCT n° 32bis, en ce qu'elle prévoit la transmission des contrats de travail, a perdu sur ce point son utilité et devient superfétatoire (P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 441).

(273) Th. CAVENAILE et Fr. LIGOT, « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté », *op. cit.*, pp. 243 et s.



cessionnaire, ni l'« accord » des travailleurs<sup>(274)</sup>. Le cédant et le cessionnaire sont tenus *in solidum* des dettes existant à la date du transfert (art. 8).

## ii. *Exceptions*<sup>(275)</sup>

**46. – Présentation.** Le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée souffre plusieurs exceptions. Une ligne de démarcation est opérée entre les actes qui sont soumis à des formalités d'opposabilité spéciales (α) et les restrictions légales et conventionnelles (β) qui interdisent ou limitent la transmission de certains actifs.

### α Les formalités d'opposabilité spéciales

**47. – Prescrit de l'article 683 du Code des sociétés.** L'article 683, en ses alinéas 2 et 3 dispose :

« Les actes visés par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire et ceux visés par les chapitres II et III du titre 1<sup>er</sup> du livre II du Code de commerce, et l'article 272 du livre II du même code ne sont opposables aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations. Doivent à cet effet être soumis aux formalités de transcription ou d'inscription les procès-verbaux des assemblées générales de toutes les sociétés ayant décidé la fusion ou la scission.

Le transfert des droits de propriété intellectuelle et industrielle n'est opposable aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations ».

Plusieurs exceptions se dégagent de cet article<sup>(276)</sup> <sup>(277)</sup>. Nous y revenons successivement.

**48. – Transfert de droits réels immobiliers ainsi que des droits réels sur navires construits ou en construction et les hypothèques maritimes.** Tout d'abord, le transfert des droits réels

(274) Le travailleur ne pourra s'opposer au transfert. Tout au plus, pourra-t-il démissionner ou négocier la rupture du contrat de commun accord. Son refus d'exécution pourra, par ailleurs, donner lieu à un licenciement pour motif grave (voy., sur ces hypothèses, Th. CAVENAILE et Fr. LIGOT, *ibid.*, pp. 242-243).

(275) R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer*?, *op. cit.*, p. 891.

(276) R. FELTKAMP, *ibid.*, p. 891 ; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 135.

(277) De nombreux auteurs refusent, dès lors, d'assimiler les fusions et cessions aux successions universelles prévues à l'article 1122 du Code civil.

immobiliers autres que les privilèges et hypothèques n'est opposable aux tiers que par la transcription<sup>(278) (279)</sup>.

Ensuite, le transfert de droits réels concédés sur des navires construits ou en construction ainsi que les hypothèques maritimes restent soumis au régime de publicité prévu dans le Livre II du Code de commerce<sup>(280) (281)</sup>. Il convient de respecter l'article 8 du titre I<sup>er</sup> du Livre II du Code de commerce aux termes duquel : « Les actes et jugements faisant preuve d'une convention constitutive, translatrice, déclarative ou extinctive d'un droit réel, autre qu'un privilège, sur un navire construit ou en construction, sont inscrits dans le registre des navires ; jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers ».

**49. – Transfert des droits de propriété intellectuelle et industrielle.** Initialement, l'opposabilité des droits de propriété intellectuelle et industrielle n'était pas conditionnée, en cas de fusion, au respect de formalités spécifiques<sup>(282)</sup>. Cette exception fut introduite par le législateur dans la loi de 1995<sup>(283) (284)</sup>.

Depuis lors, l'opposabilité du transfert des droits de propriété intellectuelle et industrielle résultant d'une fusion est tributaire du respect des conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces

(278) L'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi hypothécaire dispose que : « Tous actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, autres que les privilèges et les hypothèques, y compris les actes authentiques visés aux articles 577-4, § 1<sup>er</sup>, et 577-13, § 4, du Code civil, ainsi que les modifications y apportées seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là, ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude. »

(279) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, op. cit., p. 284.

(280) Th. TILQUIN, *ibid.*, p. 280 ; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbareheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer* ?, op. cit., p. 891.

(281) À la suite de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises (M.B., 27 avril 2018), le Code de commerce est remplacé par le Code des privilèges maritimes déterminés et des dispositions diverses. L'entrée en vigueur est fixée au 1<sup>er</sup> novembre 2018.

(282) Voy. Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, op. cit., pp. 282 et s.

(283) Proposition de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1995, Amendement n° 102, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1992-1993, n° 1005/16. La motivation de cet amendement est fort succincte : « En effet, l'opposabilité aux tiers de ce transfert est subordonnée au respect de formalités prévues par certaines réglementations particulières, telle la loi Benelux sur les marques, le Traité de coopération en matière de brevets du 19 juin 1970 et le Traité de Munich du 5 octobre 1973 sur le brevet européen. » On regrette évidemment que la motivation qui sous-tend la dérogation au principe de transmission universelle ne soit guère explicitée.

(284) Voy., pour un point de vue critique de cette exception, Th. TILQUIN, *Le nouveau régime des apports de branches d'activité et d'universalité et les modifications au régime des fusions et scissions*, Actes du séminaire Vanham & Vanham du 17 mai 1995, p. 31, n° 36 ; Th. TILQUIN, « Le projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales – Quels changements dans la vie de l'entreprise », *Rev. prat. soc.*, 1994, n° spécial, p. 213, cités par H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », op. cit., p. 898.



opérations<sup>(285)</sup>. Lorsque la société absorbée dispose, dans son patrimoine, d'une marque, d'un brevet, d'un dessin ou modèle, le changement de titulaire résultant de la fusion ne sera, dès lors, opposable aux tiers qu'après avoir respecté les formalités de notification et d'inscription prévues dans les lois spéciales<sup>(286)</sup> <sup>(287)</sup>. Les instruments juridiques nationaux et internationaux qui régissent les droits de propriété intellectuelle sont toutefois nombreux et en perpétuelle évolution<sup>(288)</sup>.

Ainsi, pour les marques, il conviendra d'avoir égard à l'article 2.33 de la convention Benelux en matière de propriété intellectuelle du 25 février 2005<sup>(289)</sup> ainsi qu'aux articles 27<sup>(290)</sup> et 111<sup>(291)</sup> du Règlement 2017/1001<sup>(292)</sup> selon que le transfert porte sur une marque Benelux ou une marque de l'Union européenne.

(285) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 898 ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 30.

(286) P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 429.

(287) On peut d'ores et déjà noter que le droit d'auteur n'est pas soumis à la formalité de l'enregistrement.

(288) Voy., sur la cession des droits de propriété intellectuelle, D. KAESMACHER, *Les droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2013.

(289) L'article 2.33 de la Convention Benelux du 25 février 2005 en matière de propriété intellectuelle dispose que « La cession ou autre transmission ou la licence n'est opposable aux tiers qu'après l'enregistrement du dépôt, dans les formes fixées par règlement d'exécution et moyennant paiement des taxes dues, d'un extrait de l'acte qui la constate ou d'une déclaration y relative signée par les parties intéressées. La disposition de la phrase précédente s'applique aux droits de gage et aux saisies ».

(290) L'article 27 dispose : « Opposabilité aux tiers

1. Les actes juridiques concernant la marque de l'Union européenne visés aux articles 20, 22 et 25 ne sont opposables aux tiers dans tous les États membres qu'après leur inscription au registre. Toutefois, avant son inscription, un tel acte est opposable aux tiers qui ont acquis des droits sur la marque après la date de cet acte mais qui avaient connaissance de celui-ci lors de l'acquisition de ces droits.

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable à l'égard d'une personne qui acquiert la marque de l'Union européenne ou un droit sur la marque de l'Union européenne par transfert de l'entreprise dans sa totalité ou par toute autre succession à titre universel.

3. L'opposabilité aux tiers des actes juridiques visés à l'article 23 est régie par le droit de l'État membre déterminé en application de l'article 19.

4. Jusqu'à l'entrée en vigueur de dispositions communes aux États membres en matière de faillite, l'opposabilité aux tiers d'une procédure de faillite ou de procédures analogues est régie par le droit de l'État membre où une telle procédure a été ouverte en premier lieu au sens de la loi nationale ou des conventions applicables en la matière ».

(291) L'article 111 dispose : « Registre des marques de l'Union européenne

1. L'Office tient un registre des marques de l'Union européenne et le tient à jour.

2. Le registre contient les inscriptions suivantes relatives aux demandes et aux enregistrements de marques de l'Union européenne [...]

3. Sont également inscrits au registre, avec à chaque fois la date d'enregistrement [...]

g) les transferts totaux ou partiels en vertu de l'article 20 [...]

(292) Règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, L. 154 du 16 juin 2017, p. 1.

L'opposabilité des brevets belges ou européens est soumise respectivement à l'article XI.50 du Code de droit économique<sup>(293)</sup> (qui remplace l'article 44 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention<sup>(294)</sup>) et à l'article 22 du Règlement d'exécution de la Convention sur le brevet européen<sup>(295)</sup>.

Les formalités d'opposabilité relatives aux transferts de dessins et modèles figurent à l'article 3.27 de la Convention Benelux du 25 février 2005 en matière de propriété intellectuelle<sup>(296)</sup> ainsi qu'à

(293) L'article XI.50 du C.D.E. dispose : « § 1<sup>er</sup>. Toute cession ou mutation, totale ou partielle, d'une demande de brevet ou d'un brevet doit être notifiée à l'Office.

§ 2. La cession entre vifs d'une demande de brevet ou d'un brevet doit être faite par écrit à peine de nullité.

§ 3. La notification visée au paragraphe 1<sup>er</sup> doit être accompagnée soit d'une copie de l'acte de cession ou du document officiel constatant la mutation des droits, soit d'un extrait de cet acte ou de ce document suffisant pour constater le transfert, soit d'une attestation de cession signée par les parties.

Le Roi fixe le contenu et les modalités de cette notification. Il peut fixer une taxe qui doit être payée avant l'inscription de la copie, de l'extrait ou de l'attestation au registre.

Pour la fixation éventuelle de la taxe, et le cas échéant la détermination du montant de la taxe, le Roi tient au moins compte des critères suivants :

1<sup>o</sup> l'accès au système belge des brevets ;

2<sup>o</sup> le rapport entre le coût de gestion pour l'Office de la taxe visée à l'alinéa 2, et les recettes générées par cette taxe ; et

3<sup>o</sup> la diffusion de l'information aux tiers au sujet du statut du brevet ou de la demande de brevet.

§ 4. Les notifications sont inscrites au registre dans l'ordre chronologique de leur réception.

§ 5. Sous réserve du cas prévu à l'article XI.10, le transfert ne porte pas atteinte aux droits acquis par des tiers avant la date du transfert.

§ 6. La cession ou mutation n'a d'effet à l'égard de l'Office et n'est opposable aux tiers qu'après l'inscription de sa notification au registre et dans les limites qui résultent de l'acte ou du document visés au paragraphe 3. Toutefois, avant l'inscription de la notification, la cession ou mutation est opposable aux tiers qui ont acquis des droits après la date de la cession ou de la mutation, mais qui avaient connaissance de celle-ci lors de l'acquisition de ces droits. »

(294) Voy. l'article 44 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, *M.B.*, 9 mars 1985.

(295) L'article 22 dispose :

« (1) Le transfert d'une demande de brevet européen est inscrit au Registre européen des brevets à la requête de toute partie intéressée, sur production de documents prouvant ce transfert.

(2) La requête n'est réputée présentée qu'après le paiement d'une taxe d'administration. Elle ne peut être rejetée que s'il n'a pas été satisfait aux dispositions du paragraphe 1.

(3) Un transfert n'a d'effet à l'égard de l'Office européen des brevets que dans la mesure où les documents visés au paragraphe 1 lui ont été fournis et à partir de la date à laquelle ils ont été produits. » (Règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 tel qu'adopté par décision du conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets en date du 7 décembre 2006 et tel que modifié en dernier lieu par décision du conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets en date du 13 décembre 2017).

(296) L'article 3.27 dispose : « La cession ou autre transmission ou la licence n'est opposable aux tiers qu'après l'enregistrement du dépôt, dans les formes fixées par règlement d'exécution et moyennant paiement des taxes dues, d'un extrait de l'acte qui l'a constaté ou d'une déclaration y relative signée par les parties intéressées. La disposition de la phrase précédente s'applique aux droits de gage et aux saisies ».

l'article 28<sup>(297)</sup> du Règlement CE/6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires<sup>(298)</sup>.

## β Les restrictions légales et conventionnelles

**50. – Non-application aux fusions des restrictions légales sauf volonté expresse du législateur.** Les restrictions légales envisagées ici sont étrangères aux formalités d'opposabilité. Elles concernent le transfert des actifs et des passifs et non son opposabilité aux tiers<sup>(299)</sup>.

L'objectif poursuivi par le législateur est d'interdire ou restreindre la transmission de certains éléments d'actif ou de passif proprement dits<sup>(300)</sup>. On s'interroge toutefois légitimement sur le maintien de ces restrictions en cas de fusion. On considère que ces restrictions ne trouvent pas à s'appliquer en cas de fusion, sauf volonté expresse du législateur<sup>(301)</sup>.

**51. – Application des restrictions conventionnelles.** Cette exception est inspirée de celles relatives à l'article 1122 du Code civil. La transmission universelle a, en effet, lieu « *à moins que le contraire ne soit exprimé* ou ne résulte de la nature de la convention ». Seule la première hypothèse retiendra notre attention. Sont principalement visées les clauses d'incessibilité<sup>(302)</sup> <sup>(303)</sup>.

(297) L'article 28 dispose « Transfert du dessin ou modèle communautaire enregistré

Le transfert d'un dessin ou modèle communautaire enregistré est soumis aux dispositions suivantes :

a) sur demande d'une des parties le transfert est inscrit au registre et publié ;  
b) tant que le transfert n'a pas été inscrit au registre, l'ayant cause ne peut se prévaloir des droits découlant de l'enregistrement du dessin ou modèle communautaire ;  
c) lorsque des délais doivent être observés vis-à-vis de l'Office, l'ayant cause peut faire à l'Office les déclarations prévues à cet effet dès que celui-ci a reçu la demande d'enregistrement du transfert ;  
d) tous les documents qui, en vertu de l'article 66, doivent être notifiés au titulaire du dessin ou modèle communautaire enregistré sont adressés par l'Office à la personne enregistrée en qualité de titulaire ou, le cas échéant, à son représentant ».

(298) Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, *J.O.C.E.*, L. 3 du 5 janvier 2002, pp. 1-24.

(299) On songe par exemple aux procédures d'agrément et de préemption en cas de transmission de parts d'une SPRL (exemple cité par Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, op. cit., p. 281).

(300) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, op. cit., p. 281.

(301) *Ibid.*, p. 281.

(302) P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, op. cit., p. 1988.

(303) On trouve, dans la pratique, plusieurs types de clauses qui restreignent ou interdisent le transfert d'actif, de passif ou de contrat. Tout d'abord, des clauses d'inaliénabilité, d'agrément et de préemption peuvent venir limiter le transfert des actifs. Ensuite, au niveau du transfert du passif, les parties peuvent s'accorder sur l'insertion d'une clause d'exigibilité immédiate en cas de fusion. Il conviendra dès lors aux sociétés impliquées dans la fusion de négocier et d'obtenir l'accord préalable du cocontractant sur la non-application de la clause.

**52. – Licéité de principe des clauses d'incessibilité.** « Il est en principe licite de convenir de clauses restreignant, ou ayant pour effet de restreindre, la cessibilité d'un élément d'actif ou de passif en cas de fusion ou scission »<sup>(304)</sup>. Le régime de transmission des obligations qui figure dans le Code des sociétés n'est pas d'ordre public<sup>(305)</sup>. Les clauses d'incessibilité sortiront leurs effets de même que les clauses de dissolution ou de résiliation en cas de fusion<sup>(306)</sup>, sauf interdiction du législateur.

**53. – Interprétation restrictive.** Les dérogations au principe de transmission universelle sont d'interprétation restrictive<sup>(307)</sup>. Il faut donc vérifier si les parties entendaient viser uniquement les transmissions *ut singuli* ou si elles souhaitaient étendre l'incessibilité aux transmissions universelles<sup>(308)</sup>. En principe, on considère qu'« une clause restreignant la cessibilité d'un élément d'actif ou de passif mais qui ne vise pas expressément la fusion ou la scission ne s'applique pas au « transfert » qui résulte de ces opérations, sauf à déterminer la volonté réelle et commune des parties de viser la fusion ou la scission »<sup>(309)</sup>. La transmission universelle présente une nature propre et ne peut en effet être réduite à une simple addition de cessions<sup>(310)</sup>. La clause doit, dès lors, être expresse et claire si les parties souhaitent qu'elle ait vocation à s'appliquer aux procédures de restructuration<sup>(311)</sup>. Il est donc vivement conseillé aux parties de prévoir expressément l'éventualité d'une fusion.

**54. – Sort du contrat qui renferme une clause d'incessibilité.** On enseigne que le contrat rendu incessible sera dissous en cas de réalisation de la fusion<sup>(312)</sup>, sauf accord préalable des parties sur la cession<sup>(313)</sup>. La dissolution ne sortira ses effets que pour l'avenir :

---

Enfin, les parties peuvent également prévoir l'incessibilité d'un rapport contractuel. La clause fera obstacle au transfert du contrat en cas de fusion (voy. sur ces clauses, Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, pp. 308 et s.).

(304) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 189 ; Th. TILQUIN, *ibid.*, p. 306 ; P. HAINAUT-HAMENDE, *Les sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 439.

(305) D. MATRAY, « La protection des tiers », *op. cit.*, p. 183.

(306) P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1991.

(307) D. MATRAY, « La protection des tiers », *op. cit.*, p. 183.

(308) P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1991.

(309) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 307.

(310) A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », *op. cit.*, p. 202.

(311) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 897.

(312) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 189.

(313) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, p. 191 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 311.

la société absorbante restera tenue des dettes issues du contrat dissous pour autant qu'elles soient nées avant la dissolution de la société absorbée<sup>(314)</sup>.

**55. – Quid en cas de méconnaissance de la clause ?** Si les parties méconnaissent la clause d'incessibilité, la cession de contrat est nulle<sup>(315)</sup>. Peut-on alors inférer de la poursuite de l'exécution du contrat postérieurement à la fusion, l'existence d'un nouveau contrat ? Cette solution rencontre les faveurs de certains auteurs<sup>(316)</sup>. Elle reste toutefois difficilement soutenable à défaut d'*animus novandi*<sup>(317)</sup>, la volonté des parties de conclure un nouveau contrat étant généralement absente.

**56. – Application de la théorie de l'abus de droit.** Le cocontractant qui invoque le bénéfice de restrictions conventionnelles ne pourra, en tout état de cause, pas le faire de manière abusive sous peine d'être sanctionné par la théorie de l'abus de droit<sup>(318)</sup>.

### iii. *L'existence de tempéraments en cas d'impossibilité d'exécution des contrats*

**57. – Contextualisation.** La transmission des contrats peut entraîner des effets contradictoires<sup>(319)</sup>. Il n'est pas rare que les opérations de fusion entraînent un changement des circonstances économiques qui entouraient la conclusion du contrat<sup>(320)</sup>. L'exécution de contrats existants se révèle, par ailleurs, parfois inconciliable avec l'exécution des contrats transmis par l'effet de la fusion. De nombreux exemples sont livrés par la doctrine<sup>(321)</sup>. Il suffit de songer à l'hypothèse où les sociétés absorbante et absorbée assument des obligations d'approvisionnement exclusif auprès de fournisseurs différents. Le transfert d'un contrat qui renferme une clause de non-concurrence peut se révéler préjudiciable voire ruineux pour la société absorbante<sup>(322)</sup>.

(314) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, p. 189.

(315) *Ibid.*, p. 178.

(316) H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, p. 248.

(317) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 312.

(318) *Ibid.*, p. 307.

(319) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.3, p. 19.

(320) Voy., pour d'autres exemples, Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 191.

(321) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, p. 193 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 1990.

(322) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, p. 193.

**58. – Rejet de la force majeure et de la théorie de l'imprévision.** La société absorbante ne pourrait, pour être libérée des engagements transférés qui se révèlent inconciliables avec l'exécution des contrats qu'elle a souscrits, se prévaloir de la théorie de la force majeure<sup>(323)</sup>.

La société absorbante n'est, en effet, pas confrontée à un événement imprévisible tandis que l'exécution du contrat demeure, en principe, possible<sup>(324)</sup>.

Tout au plus, le créancier de l'obligation pourra-t-il, en cas de refus d'exécution, soit solliciter la résolution du contrat, soit réclamer des dommages et intérêts pour inexécution contractuelle<sup>(325) (326)</sup>.

La théorie de l'imprévision est également rejetée. Outre le fait qu'elle ne soit pas (encore<sup>(327)</sup> ?) admise en droit belge<sup>(328)</sup>, le critère d'imprévisibilité fait défaut. Pour rappel, ce concept n'autorise la révision du contrat qu'« en cas de survenance postérieurement à la conclusion du contrat, de circonstances présentant les caractéristiques suivantes :

- Être non imputables à la partie qui s'en prévaut ;
- Être imprévisibles ;
- Avoir pour effet le bouleversement de l'économie contractuelle »<sup>(329)</sup>.

**59. – Les ressources du droit commun.** Les parties peuvent-elles avoir recours à d'autres mécanismes correcteurs du droit des obligations afin de faire plier le principe de la convention-loi et tempérer les effets dévastateurs d'une fusion<sup>(330)</sup> ? La question a retenu l'attention

(323) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, p. 198 ; H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, p. 260 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, livre VI.2.3, p. 20.

(324) H. LAGA, *ibid.*, p. 260 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, *ibid.*, livre VI.2.3, p. 20.

(325) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, p. 198.

(326) Voy. pour une indemnisation raisonnable vu le non-respect des obligations souscrites, D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, *ibid.*, liv. VI.2.3, p. 22.

(327) Voy. l'article 5.77 de l'avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, [https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp\\_van\\_wet\\_verbintenissenrecht.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_verbintenissenrecht.pdf). On notera le dépôt le 3 avril 2019 de ce projet de réforme du droit des obligations sous la forme d'une proposition de loi (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3709).

(328) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 663. Voy., sur l'articulation de la théorie de l'imprévision et les contrats *intuitu personae*, H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, pp. 261 et s. Voy. aussi Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 565.

(329) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, livre VI.2.3, p. 21.

(330) P. VAN OMMESELAGHE, « Les principes généraux relatifs à la fusion et à la scission selon les directives et selon la loi nouvelle », in P. VAN OMMESELAGHE et J. KIRKPATRICK (dir.), *Les fusions et les scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Éditions du Jeune

de la doctrine. Ainsi, ont été mobilisées la bonne foi et la théorie de l'abus de droit<sup>(331)</sup> ainsi que la caducité des obligations par disparition de l'objet ou de la cause<sup>(332) (333)</sup>.

H. Laga défend l'idée selon laquelle l'article 1134, alinéa 3, du Code civil oblige la société absorbante, confrontée à l'exécution de contrats inconciliables, à proposer à ses cocontractants soit une adaptation soit une dissolution du contrat. À défaut de le faire, le cocontractant a le droit de solliciter la résolution du contrat<sup>(334)</sup>.

Comme le soulignent F. T'Kint et I. Corbisier, « Les solutions proposées impliquent généralement que le juge accepte de jouer un rôle particulièrement actif en la matière, ce qui n'est pas acquis d'avance si l'on considère que le principe de la convention-loi, au sens où il est classiquement entendu, est quelque peu mis à mal et ce avec la circonstance aggravante que le législateur a entendu d'autre part consacrer un principe de transmission universelle aussi complète que possible »<sup>(335)</sup>.

### b) *La protection des tiers*

**60. – Le système choisi par le législateur belge.** Sous l'impulsion de la directive<sup>(336)</sup>, le législateur belge met sur pied un système de garantie qui s'apparente à celui applicable en matière de réduction de capital<sup>(337)</sup>.

barreau, 1993, p. 49 ; H. LAGA, « Enige bedenkningen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, p. 244 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 1991.

(331) Voy. Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, pp. 196 et s. ; S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 663.

(332) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, pp. 339 et s. ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, *ibid.*, pp. 199 et s.

(333) Voy., sur le rejet de la caducité par disparition de la cause, Cass., 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 77, note J.-Fr. ROMAIN, *Rev. not. belge*, 2000, p. 336, *R.W.*, 2000-2001, p. 1016.

(334) H. LAGA, « Enige bedenkningen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », *op. cit.*, p. 262.

(335) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 202.

(336) Art. 13 de la Troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g), du Traité et concernant les fusions de sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L. 295 du 20 octobre 1978, p. 36 et art. 12 de la Sixième directive du Conseil du 17 décembre 1982 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g), du Traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L. 378 du 31 décembre 1982, p. 36. Voy., sur l'article 13 de la Troisième directive, K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 137.

(337) Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Cerexhe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 24.



## L'article 684 du Code des sociétés dispose que

« § 1<sup>er</sup>. Au plus tard dans les deux mois de la publication aux Annexes du *Moniteur belge* des actes constatant la fusion ou la scission, les créanciers de chacune des sociétés qui participent à la fusion ou à la scission dont la créance est antérieure à cette publication et n'est pas encore échue ou dont la créance fait l'objet d'une réclamation contre la société scindée ou la société à fusionner, introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la scission ou la fusion, peuvent exiger une sûreté, nonobstant toute convention contraire.

La société bénéficiaire à laquelle cette créance a été transférée et, le cas échéant, la société dissoute peuvent chacune écarter cette demande en payant la créance à sa valeur, après déduction de l'escompte.

À défaut d'accord ou si le créancier n'est pas payé, la contestation est soumise par la partie la plus diligente au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société débitrice a son siège. La procédure est introduite et instruite comme en référé ; il en est de même de l'exécution de la décision rendue.

Tous droits saufs au fond, le président détermine la sûreté à fournir par la société et fixe le délai dans lequel elle doit être constituée, à moins qu'il ne décide qu'aucune sûreté ne sera fournie, eu égard soit aux garanties et privilèges dont jouit le créancier, soit à la solvabilité de la société bénéficiaire.

Si la sûreté n'est pas fournie dans les délais fixés, la créance devient immédiatement exigible et, dans le cas d'une scission, les sociétés bénéficiaires sont tenues solidairement pour cette obligation.

§ 2. Le § 1<sup>er</sup> n'est pas applicable aux fusions d'institutions financières soumises au contrôle de l'Autorité des services et marchés financiers ».

**61. – Droit des créanciers d'exiger une sûreté.** La protection établie consiste à ouvrir aux créanciers de chacune des sociétés qui fusionnent<sup>(338)</sup>, le droit, dans les deux mois de la publication des actes aux Annexes du *Moniteur belge*, d'exiger une sûreté. Il ne permet toutefois pas aux créanciers de remettre en cause la fusion qui lui reste opposable<sup>(339)</sup>.

**62. – Champ d'application.** La protection ne se limite pas à une catégorie de créanciers. Elle a vocation à s'appliquer aux créanciers de toutes les sociétés impliquées<sup>(340)</sup> à l'exception des créanciers d'institutions financières visées au second paragraphe de l'article 684 du Code.

(338) Fr. T'Kint et I. Corbisier soulignent que la protection des créanciers de la société absorbante ne s'impose pas avec la force de l'évidence dès lors que les débiteurs conservent l'entière maîtrise de leurs biens et le droit de disposer de ceux-ci. À l'inverse, les créanciers de la société absorbée doivent faire face à un nouveau débiteur (Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 203). Voy. également en ce sens, G. KEUTGEN, « Le nouveau régime des directives européennes en matière de fusion et opérations assimilées », *op. cit.*, p. 109.

(339) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 900.

(340) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 242 ; K. BYTTEBIER, *Fusies en overnames*, Bruges, die Keure, 2006, p. 71.

Les fusions d'institutions financières étant soumises au contrôle de l'Autorité des services et marchés financiers<sup>(341)</sup>, la protection est, aux yeux du législateur, suffisante<sup>(342)</sup>.

Le législateur belge va même un pas plus loin que les exigences européennes dès lors que la protection s'étend aux créances nées entre la publication du projet de fusion et celle de l'acte<sup>(343)</sup>. Tant les créanciers à terme que conditionnels<sup>(344)</sup> sont visés<sup>(345)</sup> à l'exclusion des créances éventuelles<sup>(346)</sup>.

**63. – Deux scénarios envisageables.** Soit la société absorbante fournit la sûreté exigée (ou celle issue des négociations éventuelles), soit cette dernière écarte la demande en payant la créance à sa valeur sous déduction de l'escompte.

En cas de contestation, il appartient, le cas échéant, au président du tribunal de l'entreprise de déterminer la sûreté à fournir et le délai de constitution<sup>(347)</sup>. À défaut de respecter cette décision, la créance devient immédiatement exigible<sup>(348)</sup>. La société débitrice perd le bénéfice du terme<sup>(349)</sup>. Le président peut également très bien décider qu'il n'y a pas lieu d'accorder une sûreté<sup>(350)</sup> par exemple si la société absorbante présente des garanties de solvabilité suffisantes, si les craintes du créancier sont non fondées, si la demande est abusive...<sup>(351)</sup> On regrette toutefois que le législateur n'ait pas apporté davantage de précisions sur la nature de la sûreté ni même le rang à lui attribuer<sup>(352)</sup>. Les fusions étant généralement précédées de nombreux contacts et discussions avec les créanciers susceptibles de formuler de telles exigences, les cas d'application restent très rares<sup>(353)</sup>.

(341) Art. 684, § 2, du Code des sociétés.

(342) Voy. S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 662 ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 31.

(343) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 241 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 205.

(344) Certains auteurs soulignent toutefois que ces créanciers conditionnels doivent avoir un intérêt né et actuel à agir (Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 316).

(345) *Ibid.*, p. 315.

(346) *Ibid.*, p. 315.

(347) Voy., sur les critères d'octroi de la sûreté et les principes qui doivent gouverner les décisions du président, Th. TILQUIN, *ibid.*, p. 318.

(348) Voy., sur cette sanction, Th. TILQUIN, *ibid.*, pp. 320-321.

(349) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 900.

(350) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 206.

(351) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 900.

(352) K. BYTTEBIER, *Fusies en overnames*, Bruges, die Keure, 2006, p. 71.

(353) P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1987.

### c) *Les sanctions attachées au non-respect de la procédure*

**64. – Respect impératif des conditions fixées par la loi.** Si l'opération de fusion ne respecte pas les conditions fixées par le Code des sociétés, les conséquences attachées à cette opération ne trouvent pas à s'appliquer<sup>(354)</sup>. On songe notamment au transfert de plein droit des éléments d'actif et de passif. Ce dernier effet est tributaire du respect de la procédure<sup>(355)</sup> <sup>(356)</sup>. En cas d'inapplicabilité des effets prévus par la loi, il convient pour les parties à la fusion de respecter les principes de droit commun, et ce pour le transfert de chacun des éléments d'actif et de passif<sup>(357)</sup>.

**65. – Cas de nullité et de responsabilité prévus par le Code des sociétés.** Parallèlement aux sanctions attachées au non-respect de la procédure, le Code des sociétés prévoit au sein des articles 688 à 692 plusieurs cas de nullité<sup>(358)</sup>. L'énumération est limitative. La nullité sanctionne les trois hypothèses suivantes :

- la soulte en espèces dépasse le dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable (art. 688) ;
- les décisions des assemblées générales qui ont approuvé la fusion ou la scission n'ont pas été constatées par acte authentique (art. 689) ;
- les décisions ont été prises en l'absence des rapports de l'organe de gestion, des commissaires, des réviseurs d'entreprises ou des experts-comptables externes prévus par le présent livre (art. 689).

Plusieurs cas de responsabilité figurent également aux articles 685 à 687 du Code des sociétés. Les associés dont la responsabilité est illimitée

(354) R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer* ?, *op. cit.*, p. 883.

(355) *Ibid.*, p. 879.

(356) La procédure est décrite, pour les fusions de sociétés, aux articles 693 et s. du Code des sociétés. Elle comporte l'établissement d'un projet de fusion par acte authentique ou sous seing privé, l'établissement de deux rapports (respectivement par l'organe de gestion et par le commissaire), la transmission d'information aux actionnaires avant l'assemblée générale, la décision de l'assemblée générale qui doit répondre à différents quorums, l'arrêté des comptes et la décharge des organes (voy. J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, pp. 21-25).

(357) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 33.

(358) Plusieurs correctifs et tempéraments sont prévus au sein des articles 688 et s. du Code des sociétés (voy. H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 902 ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 32 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 1049 et s.).

seront, par exemple, tenus sur leur patrimoine des dettes de la société absorbée antérieures à la fusion<sup>(359)</sup>.

**66. – Quid en cas de fusion faite en fraude des droits des créanciers ?** Plusieurs auteurs ont mis en avant la possibilité d'appliquer le mécanisme de la fraude paulienne en cas de fusion initiée dans un esprit de collusion<sup>(360) (361)</sup>. Avant l'introduction des régimes spécifiques et des mesures de protection des tiers<sup>(362)</sup>, il s'agissait d'ailleurs du seul recours ouvert aux créanciers. Actuellement, le recours à l'action paulienne est toujours autorisé, et ce même si les créanciers « disposent d'autres moyens de recouvrer ce qui leur est dû » (notamment les mécanismes de protection instaurés par le Code des sociétés)<sup>(363)</sup>.

Si l'action paulienne est couronnée de succès, la fusion est inopposable aux tiers. Ce recours est ouvert tant aux créanciers de la société absorbante que ceux de la société absorbée<sup>(364)</sup>.

### 3. La scission

**67. – Types de scissions.** On distingue trois types de scissions. La scission par absorption<sup>(365)</sup>, la scission par constitution d'une société

(359) Art. 685 du Code des sociétés. Voy. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *ibid.*, pp. 1047-1048.

(360) P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », *op. cit.*, pp. 433-434 ; Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, pp. 328 et s. ; D. MATRAY, « La protection des tiers », *op. cit.*, p. 206.

(361) On songe, en cas de scission, à une répartition inéquitable des éléments d'actif et de passif (D. MATRAY, *ibid.*, p. 207). En matière d'apport, on pense aux hypothèses de surévaluations des apports, à la transmission d'une branche d'activité qui présente un actif net négatif...

(362) Voy. X. MALENGREAU, « Fusions et scissions de sociétés. Compte-rendu des discussions en commission et en assemblée générale », in *La transmission des obligations. Travaux des IX<sup>es</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 444-445.

(363) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 333 ; F. BOUCKAERT, « Pand op handelszaak, fusions en splitsingen », *T.R.V.*, 1994, n° 8, p. 314 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 1046.

(364) Cette sanction se traduit en « un droit de préférence en faveur du demandeur à l'action paulienne, créancier originaire de la société qui s'est appauvrie, sur les biens provenant du patrimoine de celle-ci » (Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 331. Voy. aussi J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 1047).

(365) L'article 673 du Code des sociétés définit la scission par absorption comme « l'opération par laquelle une société transfère à plusieurs sociétés, par suite de sa dissolution sans liquidation, l'intégralité de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux associés de la société dissoute d'actions ou de parts des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ».

nouvelle<sup>(366)</sup> et la scission mixte<sup>(367)</sup>. Tandis que, dans le cadre de la première, les apports sont faits à des sociétés existantes, le patrimoine de la société scindée est, dans la seconde, transféré à des sociétés nouvelles<sup>(368)</sup>. Le troisième type de scissions est mixte, ce qui conduit à une application distributive des deux premiers régimes<sup>(369)</sup>.

**68. – Transmission du patrimoine.** Le principe de la transmission universelle applicable en cas de fusion s'applique, *mutatis mutandis*, aux opérations de scission<sup>(370)</sup> (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 31 et s.)

Plusieurs spécificités méritent toutefois d'être soulignées.

Tout d'abord, le patrimoine de la société apporteuse « n'est pas attribué à un seul mais à plusieurs ayants droit à titre universel »<sup>(371)</sup>. Dans la mesure où le transfert a lieu au bénéfice de plusieurs sociétés, le terme transfert à titre universel est privilégié par rapport à celui de transfert universel<sup>(372)</sup>.

Ensuite, ce transfert à plusieurs sociétés implique qu'une répartition de l'actif et du passif soit prévue dans le projet de scission<sup>(373)</sup>. On enseigne que le transfert porte sur tous les éléments d'actif et de passif, peu importe que ceux-ci aient été identifiés dans le projet de scission ou que leur existence ait été connue ou inconnue lors de la réalisation du projet<sup>(374)</sup>.

Enfin, même si le bien qui constitue l'assiette d'une sûreté est transféré par la société apporteuse à une autre société que celle qui recueille l'obligation principale, la sûreté demeure acquise au créancier<sup>(375)</sup>.

(366) L'article 674 du Code des sociétés définit la scission par constitution de nouvelles sociétés comme « l'opération par laquelle une société transfère à plusieurs sociétés qu'elle constitue, par suite de sa dissolution sans liquidation, l'intégralité de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux associés de la société dissoute d'actions ou de parts des nouvelles sociétés et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ».

(367) L'article 675 du Code des sociétés définit la scission mixte comme « l'opération par laquelle, par suite de sa dissolution sans liquidation, une société transfère à une ou plusieurs sociétés existantes et à une ou plusieurs sociétés qu'elle constitue, l'intégralité de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux associés de la société dissoute d'actions ou de parts des sociétés bénéficiaires ».

(368) Le régime de la scission par constitution d'une société nouvelle est toutefois calqué sur le régime de la scission par absorption (P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1992).

(369) *Ibid.*, p. 1992.

(370) K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, *op. cit.*, p. 181.

(371) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 909.

(372) P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1993.

(373) Art. 728, 9<sup>o</sup>, du Code des sociétés.

(374) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 335 ; Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 206.

(375) Th. TILQUIN, *ibid.*, p. 300 ; E. DIRIX, « Fusies en zekerheden », *op. cit.*, p. 351.

**69. – Importance du projet de répartition.** Le plan de répartition de l'actif et du passif de la société scindée constitue un élément pivot de la scission. Les parties seront dès lors attentives à bien régler le sort de tous les éléments d'actif et de passif.

Qu'en est-il toutefois lorsqu'un élément d'actif ou de passif ne fait pas l'objet d'une répartition ?

L'article 729<sup>(376)</sup> du Code des sociétés prévoit à cet égard un raisonnement en plusieurs étapes.

La première étape consiste à retourner dans le projet de scission pour vérifier l'existence d'une répartition relative à l'élément d'actif ou de passif. Cette répartition peut tantôt être expresse, tantôt résulter de l'interprétation du projet<sup>(377)</sup>. Au demeurant, il n'est pas exclu que le projet de fusion se prononce sur la manière de répartir les éléments « oubliés »<sup>(378)</sup>.

Si le projet ne permet pas de trancher, on distingue le sort à réserver, d'un côté, aux éléments d'actif, de l'autre, aux éléments de passif.

Pour l'actif, l'élément non attribué dans le projet est, s'il est divisible, ou sa contre-valeur, réparti entre les sociétés bénéficiaires de manière proportionnelle à l'actif net. À défaut, une indivision est créée<sup>(379)</sup>.

Pour le passif, le législateur prévoit la solidarité des sociétés bénéficiaires<sup>(380)</sup>.

Ces règles trouveront à s'appliquer pour les contrats en cours dont le sort n'est pas réglé dans le projet de répartition.

(376) « Lorsqu'un élément du patrimoine actif n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation du projet ne permet pas de décider de la répartition de cet élément, celui-ci ou sa contre-valeur est réparti entre toutes les sociétés bénéficiaires de manière proportionnelle à l'actif net attribué à chacune de celles-ci dans le projet de scission. »

Lorsqu'un élément du patrimoine passif n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation du projet ne permet pas de décider de la répartition de cet élément, chacune des sociétés bénéficiaires en est solidairement responsable. »

(377) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 26. L'auteur cite, à titre d'exemple, l'hypothèse d'un crédit hypothécaire souscrit pour financer l'achat d'un immeuble. Si l'immeuble est attribué à telle société bénéficiaire, on peut en déduire que le crédit, même si le projet est muet sur son attribution, sera transféré à cette même société.

(378) Les règles relatives aux actifs sont supplétives. Par contre, la clause qui déroge à la solidarité prévue au niveau du transfert du passif est inopposable. Elle reste par contre applicable dans le cadre de la contribution à la dette (Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, op. cit., p. 336).

(379) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », op. cit., p. 252.

(380) Y. DE CORDT, « Commentaire de l'art. 729 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés, Livre XI. Restructuration des sociétés*, vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 2008.

**70. – Mesures de protection des créanciers.** La répartition des actifs et passifs entre les sociétés bénéficiaires<sup>(381)</sup> est plus risquée qu'en matière de fusion dès lors qu'elle est laissée à l'appréciation des parties impliquées.

Le législateur a entendu éviter le recours abusif aux scissions en vue d'« échapper aux dettes en cours de la société scindée »<sup>(382)</sup>. Un système de solidarité des sociétés bénéficiaires est dès lors mis sur pied<sup>(383)</sup>. L'article 686 dispose qu'

« en cas de scission, les sociétés bénéficiaires demeurent solidairement tenues des dettes certaines et exigibles au jour de la publication aux Annexes du Moniteur belge des actes constatant la décision de participation à une opération de scission, qui sont transférées à une autre société issue de la scission ainsi que des dettes faisant l'objet d'une réclamation contre la société scindée, introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la scission. Cette responsabilité est limitée à l'actif net attribué à chacune de ces sociétés ».

Chacune des sociétés est tenue proportionnellement à l'actif net attribué dans le projet de scission<sup>(384)</sup>, sans limitation dans le temps<sup>(385)</sup>. La société qui apurera le passif disposera d'un recours contributoire conformément aux règles du droit commun<sup>(386)</sup>. G. Keutgen souligne que la limitation à l'actif net « n'offre qu'une protection imparfaite pour les créanciers. Cette protection risque en effet de se trouver diminuée du fait de la substitution à un débiteur unique de plusieurs débiteurs »<sup>(387)</sup>.

Rien n'exclut de recourir à la fraude paulienne en présence de grandes disparités dans la répartition des actifs et passifs<sup>(388)</sup>.

Enfin, les créanciers disposent également du droit d'exiger une sûreté conformément à l'article 684 du Code des sociétés : « La sûreté éventuelle sera procurée par la société qui recueille la dette pour laquelle elle est exigée »<sup>(389)</sup>.

(381) G.-A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 252.

(382) P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, *op. cit.*, p. 1993.

(383) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 312 ; H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, pp. 900 et s.

(384) H. MICHEL et C. DELGINESSE, *ibid.*, p. 909.

(385) *Ibid.*, p. 909.

(386) Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 337.

(387) G. KEUTGEN, « Le nouveau régime des directives européennes en matière de fusion et opérations assimilées », *op. cit.*, p. 120.

(388) Voy., sur l'application de la théorie de la fraude paulienne en matière de scission, Th. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, *op. cit.*, p. 331.

(389) Fr. T'KINT et I. CORBISIER, « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *op. cit.*, p. 206.



#### 4. *L'apport d'une universalité ou d'une branche d'activité*<sup>(390)</sup>

##### a) *Évolution législative*

**71. – D'une universalité de fait à un régime aligné sur celui des fusions.** Jusqu'à la réforme instaurée par la loi du 13 avril 1995<sup>(391)</sup>, les apports de branche d'activité ou d'universalité n'étaient pas réglementés<sup>(392)</sup>.

Dans un arrêt devenu célèbre du 4 mars 1982, la Cour de cassation considérait même « que l'apport d'une branche d'activité d'une société à une autre constitue une cession de fonds de commerce et que l'opposabilité des transferts de créances en résultant est subordonnée comme telle au respect des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil »<sup>(393)</sup>. L'apport était considéré comme une universalité de fait<sup>(394)</sup> à laquelle il fallait appliquer le régime juridique applicable aux transmissions *ut singuli*.

La loi du 13 avril 1995 est toutefois venue bouleverser le régime des apports en l'alignant sur celui des fusions<sup>(395)</sup>. La solution est reproduite dans le Code des sociétés.

##### b) *L'apport d'universalité vs l'apport d'une branche d'activité*

**72. – Apport d'une universalité.** Conformément à l'article 678 du Code des sociétés, « l'apport d'universalité est l'opération par laquelle une société transfère, sans dissolution, l'intégralité de son patrimoine, activement et passivement, à une ou plusieurs sociétés existantes ou nouvelles, moyennant une rémunération consistant exclusivement en actions ou parts de la ou des sociétés bénéficiaires des apports ».

Lorsqu'il y a apport d'universalité, la société apporteuse échange l'intégralité de son patrimoine à savoir l'ensemble de ses actifs et

(390) Voy., sur la procédure et les caractéristiques, R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldverdringen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, pp. 909 et s. ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, pp. 34 et s. ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 1095 et s.

(391) Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995.

(392) Th. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *op. cit.*, p. 494.

(393) Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 175, note M. FONTAINE.

(394) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 917.

(395) D. MATRAY, « La protection des tiers », *op. cit.*, p. 185.

passifs<sup>(396)</sup> contre des titres de la ou des sociétés bénéficiaires. Son seul actif consiste, suite à l'opération, en sa participation dans le capital de la société bénéficiaire<sup>(397) (398)</sup>.

**73. – Apport d'une branche d'activité.** Aux termes de l'article 679 du Code des sociétés, « l'apport d'une branche d'activités est l'opération par laquelle une société transfère, sans dissolution, à une autre société une branche de ses activités ainsi que les passifs et les actifs qui s'y rattachent, moyennant une rémunération consistant exclusivement en actions ou parts de la société bénéficiaire de l'apport ». L'article 680 complète cette définition et précise que « constitue une branche d'activités un ensemble qui du point de vue technique et sous l'angle de l'organisation, exerce une activité autonome, et est susceptible de fonctionner par ses propres moyens ». L'apport d'une branche d'activité suppose donc que la société apporteuse exerce une autre activité que celle transmise<sup>(399)</sup>.

**74. – Exigence d'autonomie.** La qualification de branche d'activité requiert une autonomie sur le plan technique et organisationnel<sup>(400)</sup>. Dans sa décision du 15 janvier 2002, la Cour de justice précise les critères d'appréciation de cette autonomie en ces termes : « le fonctionnement autonome de l'exploitation doit être apprécié en premier lieu d'un point de vue fonctionnel – les actifs transférés doivent pouvoir fonctionner comme une entreprise autonome sans avoir besoin à cet effet d'investissements ou apports supplémentaires – et seulement en second lieu d'un point de vue financier »<sup>(401)</sup>. La branche d'activité ne doit cependant pas nécessairement être viable en elle-même<sup>(402) (403)</sup>.

(396) P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises. Une approche juridique, économique et financière*, op. cit., p. 218 ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 37.

(397) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 37.

(398) On ajoute également parfois certains éléments nécessaires à l'exercice de son activité de holding.

(399) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 35.

(400) D. MATRAY, « La protection des tiers », op. cit., p. 186 ; D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », op. cit., livre VI.2.2, p. 5.

(401) C.J.C.E., 15 janvier 2002, Aff. C-43/00, [www.curia.eu](http://www.curia.eu) (point n° 35) ; H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », op. cit., p. 920.

(402) C.J.C.E., 13 octobre 1992, Aff. C-50/91, [www.curia.eu](http://www.curia.eu). Voy. R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », op. cit., pp. 52 et s. qui relativisent également l'exigence d'autonomie.

(403) J. Cattaruzza cite notamment le cas d'un apport où les éléments nécessaires au fonctionnement autonome de l'activité se retrouvaient chez la société bénéficiaire (C.J.C.E., 13 octobre 1992, Aff. C-50/91, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)). Voy. également, I. LEBBE, « Techniques sociétaires de l'apport d'un fonds de commerce en société : l'apport de branche d'activité en particulier », op. cit., p. 419.

**75. – Composition de l'apport d'une branche d'activité.** La composition de l'apport est fixée par la loi<sup>(404)</sup>. On considère en effet que les notions d'actif et de passif qui se rattachent à la branche d'activité s'apprécient de manière objective<sup>(405)</sup>. La détermination des éléments d'actif et de passif qui se rattachent à une branche d'activité relève d'une appréciation en fait<sup>(406)</sup>, fonction des spécificités propres à chaque cas d'espèce<sup>(407)</sup>. Le caractère objectif de la notion ne doit toutefois pas occulter totalement la marge d'appréciation des parties si minime soit-elle<sup>(408)</sup>. Il est en effet « excessivement difficile de contester aux parties leur droit d'apprécier souverainement l'utilité respective du bien en question pour l'activité transférée et pour les activités non transférées »<sup>(409)</sup>. Ainsi, on peut avancer que les parties conservent un certain pouvoir sur la composition de la branche d'activité. Le contrôle opéré par le juge ne sera que marginal<sup>(410)</sup>. La répartition des éléments d'actif et de passif qui concernent plusieurs branches d'activité reste par ailleurs problématique.

**76. – Transmission des contrats liés à une branche d'activité.** Contrairement aux principes applicables en matière de fonds de commerce, les contrats en cours et les créances commerciales font partie d'une branche d'activité<sup>(411)</sup>.

Il est toutefois souvent délicat de connaître le sort de ces contrats pour les tiers vu que les Annexes publiées au *Moniteur belge* ne reprennent pas la liste des contrats transmis<sup>(412)</sup>. Selon J. Cattaruzza, « il revient [...] à l'apporteur (ou au bénéficiaire de l'apport) d'informer de manière adéquate le cocontractant du transfert consécutif à l'apport. S'il néglige de

(404) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.2, p. 5.

(405) *Ibid.*, livre VI.2.2, p. 6.

(406) R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenverpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer* ?, *op. cit.*, p. 896.

(407) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 35, qui cite comme contre-exemple le cas d'une cession de points de vente pour des produits vendus par une seule et même entreprise.

(408) I. LEBBE, « Techniques sociétaires de l'apport d'un fonds de commerce en société : l'apport de branche d'activité en particulier », *op. cit.*, p. 419.

(409) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 37.

(410) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, liv. VI.2.2, p. 5.

(411) P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises. Une approche juridique, économique et financière*, *op. cit.*, p. 419.

(412) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 38.

le faire, [...]le cocontractant pourra continuer à considérer l'apporteur comme son seul interlocuteur »<sup>(413)</sup>. Pour l'auteur, le cocontractant n'a pas à être pénalisé au cas où l'information n'est pas suffisamment explicite. Un devoir d'investigation ne peut peser sur lui<sup>(414)</sup>.

Le cocontractant ne peut évidemment pas s'opposer au transfert du contrat. Tout au plus pourra-t-il mettre fin au contrat conformément aux dispositions légales et conventionnelles applicables<sup>(415)</sup>.

### c) *Le régime du Code des sociétés*

**77. – Base légale et option des parties.** Les apports de branche d'activité ou d'universalité sont régis par les articles 759 et s. du Code des sociétés. Comme le précise l'alinéa 2 de cet article, le régime de l'apport de branche d'activité est facultatif<sup>(416)</sup>. Les parties peuvent, en effet, choisir de ne pas soumettre l'apport au régime légal<sup>(417)</sup> <sup>(418)</sup>. L'acte d'apport devra mentionner ce choix<sup>(419)</sup>. Dans cette hypothèse, c'est le droit commun qui gouvernera l'apport<sup>(420)</sup>.

La même conséquence est attachée au non-respect par les parties de la procédure prévue aux articles 760 et s. du Code<sup>(421)</sup>, et ce quand bien même les parties auraient entendu et/ou déclaré suivre la procédure. Le transfert à la société bénéficiaire de l'ensemble du patrimoine actif et passif est inopposable<sup>(422)</sup>.

**78. – Application par analogie des principes applicables en matière de fusions et scissions.** On applique à l'apport les mêmes principes que ceux enseignés en matière de fusions et de scissions (effets, sûretés, opposabilité, responsabilité...) <sup>(423)</sup>.

(413) *Ibid.*

(414) *Ibid.*

(415) *Ibid.*

(416) « Le régime du Code reste obligatoire en cas d'apport d'universalité » (J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 1091).

(417) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 917.

(418) Les parties pourraient par exemple souhaiter exclure de l'apport certaines dettes. L'apport sera alors soumis au droit commun (P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises. Une approche juridique, économique et financière*, *op. cit.*, p. 418).

(419) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 924.

(420) *Ibid.*, p. 920.

(421) P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises. Une approche juridique, économique et financière*, *op. cit.*, p. 417.

(422) Voy. art. 769 du Code des sociétés. On s'interroge dès lors en doctrine sur l'utilité de l'article 763 du Code des sociétés (voy. J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 34).

(423) Voy., sur la procédure, J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 1095 et s. ; D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, pp. 43 et s.

L'apport présente toutefois certaines particularités.

Avant toute chose, il convient de rappeler que l'apport tel que régi par le Code des sociétés consiste en une technique de restructuration<sup>(424)</sup> rémunérée exclusivement et impérativement en actions<sup>(425)</sup>. Le versement d'une soulte n'est pas admis<sup>(426)</sup>.

Ensuite, l'article 768 du Code prévoit que les personnes physiques peuvent effectuer un apport de branche d'activité à une société<sup>(427)</sup>. Une personne physique est donc admise à apporter un fonds de commerce ou un fonds professionnel à une société qu'elle constitue<sup>(428)</sup>.

Enfin, contrairement aux scissions et fusions, le législateur n'a pas envisagé de cas de nullité<sup>(429)</sup>.

**79. – Effets de l'apport : le principe de la transmission universelle.** L'article 763 du Code des sociétés consacre le principe de la transmission universelle ou à titre universel du patrimoine de la société apporteuse. Ce n'est toutefois que si l'universalité ou la branche d'activité visée par l'apport comporte tous les éléments d'actif et de passif<sup>(430)</sup> que ce dernier entraînera cet effet.

Dans la droite ligne du régime applicable aux opérations de fusion et de scission, l'apport ne fait pas obstacle à la transmission des contrats *intuitu personae*<sup>(431)</sup>. Par contre, à l'inverse des fusions et scissions, l'apport n'emporte pas la dissolution de la société<sup>(432)</sup>.

**80. – Opposabilité aux tiers de l'apport.** Aucun article similaire à l'article 683 du Code des sociétés (voy. *supra*, n° 47) n'existe pour les apports. La doctrine s'accorde néanmoins pour n'y déceler qu'un

(424) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 917.

(425) Art. 678 et 679 du Code des sociétés. P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises. Une approche juridique, économique et financière*, *op. cit.*, p. 417.

(426) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 920.

(427) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, *ibid.*, p. 924 ; P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises. Une approche juridique, économique et financière*, *op. cit.*, p. 418 ; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 898.

(428) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, *ibid.*, p. 925.

(429) Voy. J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 55.

(430) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, *ibid.*, p. 917.

(431) D. PHILIPPE et D.-E. PHILIPPE, « Transmission universelle ou à titre universel », *op. cit.*, livre VI.2.1, p. 4 ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 38.

(432) H. MICHEL et C. DELGINIESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 918 ; P. DELLA FAILLE, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises. Une approche juridique, économique et financière*, *op. cit.*, p. 420 ; R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 895.

simple oubli du législateur<sup>(433)</sup>. Aucune raison n'explique que le législateur ait entendu opérer une différence de traitement entre les apports et les autres procédures de restructuration. Une application par analogie de l'article 683 est donc préconisée<sup>(434)</sup> sous peine d'inopposabilité des droits transférés<sup>(435) (436)</sup>.

**81. – Mécanismes de protection des créanciers.** La contrepartie de l'apport est de nature à soulever des craintes dans le chef des créanciers de la société apporteuse<sup>(437)</sup>. Un mécanisme de solidarité est, dès lors, instauré entre la société apporteuse et la société bénéficiaire par le législateur à l'article 767, § 1<sup>er</sup>, du Code<sup>(438) (439)</sup>. Cette solidarité ne trouve à s'appliquer qu'en cas d'apport de branche d'activité<sup>(440)</sup> et non en présence d'un apport d'universalité.

#### 5. La cession d'universalité ou de branche d'activité

**82. – Soumission possible au régime du Code des sociétés.** L'article 770 du Code des sociétés prévoit que les cessions à titre gratuit ou onéreux d'une universalité ou de branche d'activité peuvent être soumises au régime légal. À l'inverse des règles qui prédominent en matière d'apport, la soumission au régime légal doit donc expressément ressortir de la volonté des parties<sup>(441)</sup>. Cette dernière se matérialise dans le projet de cession et l'acte de cession. Ces derniers doivent être établis sous la forme authentique<sup>(442)</sup>. Tout comme pour l'apport, tant les personnes physiques que les sociétés peuvent procéder à une

(433) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 52, note 4.

(434) *Ibid.*, p. 52.

(435) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », op. cit., p. 665.

(436) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 54.

(437) *Ibid.*, p. 53.

(438) « La société apporteuse demeure solidairement tenue des dettes certaines et exigibles au jour de l'apport qui sont transférées à une société bénéficiaire ainsi que des dettes faisant l'objet d'une réclamation contre la société apporteuse, introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'apport.

Cette responsabilité est limitée à l'actif net conservé par la société apporteuse en dehors du patrimoine apporté ».

(439) La protection octroyée aux travailleurs à l'article 8 de la CCT n° 32bis est plus large. Ce dernier ne distingue en effet pas les dettes exigibles et inexigibles tandis que la solidarité n'est pas limitée à l'actif net conservé par la société en dehors des éléments apportés (J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 54).

(440) *Ibid.*, p. 53.

(441) *Ibid.*, p. 35.

(442) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », op. cit., p. 925 ; J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, op. cit., p. 35.

cession<sup>(443)</sup>. De même, la société cédante subsiste à la cession<sup>(444)</sup>. À la différence de l'apport, l'opération ne donne toutefois pas lieu à une augmentation de capital de la société bénéficiaire et à l'émission d'actions en vue de rémunérer l'apporteur<sup>(445)</sup>. Cette cession comprend « toutes les formes de transfert de propriété autres que l'apport, que ce soit à titre onéreux (vente ou échange) ou gratuit (donation) »<sup>(446)</sup>. En cas de cession de branche d'activité, les parties détermineront dans le projet de cession, les éléments d'actif et de passif qui se rattachent à cette branche d'activité<sup>(447)</sup>.

**83. – Atout non négligeable.** Le grand avantage de la soumission au régime légal réside dans le transfert de plein droit des éléments d'actif et de passif. Les parties sont dispensées des formalités propres au transfert de chacun des éléments. Un système de protection des créanciers similaire à celui prévu pour l'apport est mis en place même si son adéquation est remise en cause<sup>(448)</sup>.

### III. – LES PROCÉDURES COLLECTIVES

**84. – Plan.** La sauvegarde des entreprises est au cœur du droit de l'insolvabilité. L'intérêt des créanciers est, au fil du temps, de plus en plus relégué au second plan au profit de la continuité et du maintien des activités économiques.

Cette mutation progressive du droit de l'insolvabilité laisse évidemment présager l'existence de régimes de transmissions simplifiées. Quoi de plus normal pour promouvoir cette continuité, que de faciliter et favoriser les transmissions d'universalité ?

(443) H. MICHEL et C. DELGINESSE, *ibid.*, p. 925.

(444) D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 43.

(445) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 98.

(446) D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 38.

(447) *Ibid.*, p. 41.

(448) J. Cattaruzza affirme que « si la règle légale offre une protection satisfaisante en cas d'apport, il n'en va pas de même en cas de cession. À la différence de l'apport, la cession implique en effet le paiement d'un prix par le cessionnaire. Si le prix est exagéré, il en résulte un appauvrissement de la société cessionnaire qui n'est pas adéquatement couvert par la règle légale » (J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 53).



Le panorama des procédures de réorganisation judiciaire (A) et de faillite (B) contraste toutefois avec ces présages<sup>(449)</sup>. Jusqu'il y a peu, les régimes de transmission demeuraient toujours peu détaillés et complexes. La réforme du droit de l'insolvabilité a cependant apporté de nouvelles pierres à l'édifice en construction.

### A. – *Le régime de la procédure de réorganisation judiciaire*

**85. – L'avant et l'après réforme.** Les projets de réforme initiés par le ministre de la Justice sont légion. La réforme du droit de l'insolvabilité a notamment fait partie de ces vastes chantiers. La « réception définitive » de ce chantier s'est finalement réalisée par le truchement de la loi du 11 août 2017 qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2018. Le régime antérieur à la réforme s'applique toujours aux procédures ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi<sup>(450)</sup> (Point 1), raison pour laquelle nous reviendrons sur la loi relative à la continuité des entreprises avant de nous attarder sur les innovations qu'emporte la réforme (Point 2).

#### 1. *La loi du 31 janvier 2009*

##### a) *Aperçu de la procédure de réorganisation judiciaire*

**86. – Apparition de la loi relative à la continuité des entreprises (LCE).** Le régime du concordat judiciaire<sup>(451)</sup> tel que modifié par la loi du 17 juillet 1997<sup>(452)</sup> fut malheureusement un échec. La

(449) La procédure de liquidation déficitaire ne fait pas l'objet de développements spécifiques dès lors qu'aucune procédure particulière n'est prévue. Les principes dégagés en matière de faillite lui sont applicables (C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 35). On mobilise généralement le droit commun qui régit les cessions actif par actif. L'application des dispositions du Code des sociétés n'est toutefois pas exclue. L'article 681 du Code des sociétés mentionne d'ailleurs expressément la société en liquidation (J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 42). L'application du régime de cession d'une branche d'activité prévu par le Code des sociétés reste également concevable (Th. BOSLY et J. SIAENS, « Cession du fonds de commerce et cristallisation des droits des créanciers », in *La cession du fonds de commerce*, coll. CUP, vol. 76, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 115-153 ; M. LEMAL, *Manuel de la liquidation*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 167, n° 226). Vu « le maniement délicat » des dispositions du Code des sociétés et la volonté souvent exprimée du repreneur de « se montrer sélectif dans les actifs et passifs repris », une cession d'actifs est souvent privilégiée (W. DERIJCKE, « Analyse comparée de la cession d'une entreprise dans le cadre des procédures de faillite et de liquidation », in *La cession d'une entreprise en difficulté*, coll. CUP, vol. 159, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 95).

(450) La loi nouvelle « s'appliquera aux procédures de faillite, à partir de la décision d'ouverture de la faillite, aux procédures de réorganisation judiciaire, à partir de la décision octroyant le sursis » (I. VEROGSTRAETE, « Le droit transitoire du Livre XX », *R.D.C.*, 2018, p. 294).

(451) Voy. les lois coordonnées du 25 septembre 1946 sur le concordat judiciaire, *M.B.*, 11 octobre 1946.

(452) Loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, *M.B.*, 28 octobre 1997.

plupart des entreprises qui s'engageaient dans cette voie aboutissaient généralement à la procédure de faillite.

Le concordat, comme instrument d'assainissement des entreprises, n'emporta dès lors pas l'adhésion des praticiens et commentateurs. On fustigeait notamment le coût de la procédure, les nombreuses atteintes au droit des créanciers, l'insécurité juridique et les aléas fiscaux, le caractère inadéquat du commissaire au sursis<sup>(453)</sup>.

C'est dans ce contexte qu'est née la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (« LCE »)<sup>(454)</sup>, fruit d'une réelle volonté politique de sauvegarder les entreprises en difficulté<sup>(455)</sup> <sup>(456)</sup>. Le législateur entendait pallier les carences du concordat<sup>(457)</sup> et permettre le maintien et la survie de l'activité économique des entreprises. La finalité de la loi nouvelle est d'« assurer que dans des conditions économiques adéquates des problèmes de nature structurelle ou accidentelle puissent être résolus »<sup>(458)</sup>. Lorsque les difficultés rencontrées sont surmontables et l'entreprise viable, le maintien de l'entreprise sur le marché et son redressement doivent être prônés. Une seule condition de fond est requise pour l'ouverture de la procédure : la continuité de l'entreprise doit être menacée, à bref délai ou à terme<sup>(459)</sup> <sup>(460)</sup>. À cette condition de fond s'ajoutent plusieurs conditions de forme. Le débiteur en difficulté

(453) A. ZENNER, « Passé, présent et avenir judiciaire de la réorganisation judiciaire. Premier commentaire de la proposition de loi relative à la continuité des entreprises », in C. ALTER, Y. BRULARD, P. DEMOLIN, G. DURANT, P. LECOCQ, J. MATERNE et A. ZENNER, *Le créancier face à l'insolvabilité du débiteur*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 15 ; D. WILLERMAIN, « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessations d'entreprises », in M. GRÉGOIRE (coord.), *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 106.

(454) Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

(455) G. HORMANS, « Introduction », in G. DELVAUX, M. GRÉGOIRE, F. LAGASSE et C. VAN BUGGENHOUT, *L'entreprise en difficulté. Solutions et nouveaux outils juridiques*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 7.

(456) Le champ d'application de la loi est relativement large. La loi s'applique, selon son article 3, aux commerçants visés à l'article 1<sup>er</sup> du Code de commerce, aux agriculteurs, à la société agricole visée à l'article 2, § 3, du Code des sociétés et aux sociétés civiles à forme commerciale visées à l'article 3, § 4, du même Code. Sont toutefois exclus, par l'article 4, les sociétés civiles à forme commerciale qui ont la qualité de titulaire d'une profession libérale ou sous la forme de laquelle des titulaires d'une profession libérale exercent leur activité, les établissements de crédit, les entreprises d'assurances, les entreprises d'investissement, les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, les organismes de compensation et de liquidation et assimilés, les entreprises de réassurance, les compagnies financières et les compagnies financières mixtes.

(457) G. HORMANS, « Introduction », *op. cit.*, p. 8.

(458) A. ZENNER, « Passé, présent et avenir judiciaire de la réorganisation judiciaire. Premier commentaire de la proposition de loi relative à la continuité des entreprises », *op. cit.*, p. 43.

(459) Art. 17, § 2, 1<sup>o</sup>, de la LCE.

(460) Le débiteur ne doit toutefois pas avoir sollicité et obtenu une procédure de réorganisation judiciaire moins de trois ans auparavant, sauf si la demande tend au transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités (art. 23, § 5, de la LCE).

doit adresser au tribunal une requête accompagnée, sous peine d'irrecevabilité<sup>(461)</sup>, de neuf annexes<sup>(462)</sup>. L'intervention d'un professionnel du chiffre est exigée pour l'établissement de certaines d'entre elles<sup>(463) (464)</sup>.

### 87. – Options offertes par la LCE au débiteur en détresse.

L'esprit de la loi est davantage perçu comme une aide que comme un rappel à l'ordre<sup>(465)</sup>. L'accent est mis sur les traitements préventifs tandis qu'une panoplie d'outils est mise à disposition des débiteurs en proie à des problèmes passagers. Le débiteur en situation de crise qui entend sortir de l'impasse conserve l'ensemble de ses pouvoirs tandis qu'une pluralité d'options lui est offerte en vue d'assainir son entreprise et d'assurer sa survie.

La loi sur la continuité des entreprises offre au débiteur en difficulté le choix entre plusieurs voies. D'une part, la loi, en son article 15, permet au débiteur de négocier hors procédure un accord amiable avec, au minimum, deux créanciers en vue de l'assainissement de sa situation financière ou la réorganisation de son entreprise<sup>(466)</sup>. D'autre part, il est permis au débiteur de solliciter le bénéfice d'un sursis<sup>(467)</sup> et de recourir à l'une des trois procédures de redressement judiciaire organisées par la loi : procédure de réorganisation judiciaire par accord amiable, procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif, transfert sous autorité de justice. Cette palette de procédures se caractérise par une

(461) J.-P. RENARD, V. RENARD, N. OUCHINSKY et W. DAVID, *La loi relative à la continuité des entreprises après la réforme de 2013 : mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 114.

(462) Art. 17, § 2, de la LCE. Voy. également T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen : een eerste commentaar*, Malines, Kluwer, 2013, pp. 18 et s. ; Y. GODFROID et D. PASTEGGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », in *La cession d'une entreprise en difficulté*, coll. CUP, vol. 159, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 110-115.

(463) J.-P. RENARD, V. RENARD, N. OUCHINSKY et W. DAVID, *La loi relative à la continuité des entreprises après la réforme de 2013 : mode d'emploi*, op. cit., p. 117.

(464) Depuis le 31 décembre 2014, le débiteur est également contraint de payer un montant forfaitaire de 1 000 euros (art. 269/4 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe. Voy. également T. LYSSENS, *De gewijzigde wet continuïteit van ondernemingen : een eerste commentaar*, op. cit., p. 20 ; J.-P. RENARD, V. RENARD, N. OUCHINSKY et W. DAVID, *La loi relative à la continuité des entreprises après la réforme de 2013 : mode d'emploi*, op. cit., p. 113 ; Y. GODFROID et D. PASTEGGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », op. cit., p. 121).

(465) G. HORSMANS, « Introduction », op. cit., p. 10.

(466) L'acte formalisant l'accord doit mentionner le but dans lequel l'accord est conclu (M. GRÉGOIRE, « Le sort des créanciers et leurs garanties », in G. DELVAUX, M. GRÉGOIRE, F. LAGASSE et C. VAN BUGGENHOUT, *L'entreprise en difficulté. Solutions et nouveaux outils juridiques*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 38 ; D. WILLERMAIN, « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises », op. cit., p. 113).

(467) Le sursis est défini, à l'article 2, o), comme « un moratoire accordé par le tribunal au débiteur en vue de réaliser l'un des objectifs visés à l'article 16 ». La durée du sursis s'élève, sous réserve de prorogation, à un maximum de six mois (art. 24, § 2, de la LCE).

certaine souplesse dans la mesure où le débiteur est libre de combiner les différentes options dans une seule procédure.

**88. – Hypothèses de transfert d'une entreprise dans le cadre de la LCE.** Comme son nom l'indique, la procédure de réorganisation par transfert sous autorité de justice constitue la voie privilégiée pour opérer le transfert de tout ou partie d'une entreprise. Rien n'exclut toutefois que la cession de tout ou partie de l'entreprise soit envisagée dans le cadre d'une procédure de réorganisation par accord collectif sur le pied de l'article 51 de la LCE<sup>(468)</sup>. Le transfert d'entreprise « a lieu sur base strictement volontaire, sans intervention d'un mandataire de justice et, par conséquent, hors « autorité de justice »<sup>(469)</sup>. La cession volontaire est appréhendée comme une vente non purgeante qui suppose « soit l'accord, soit le respect du droit de suite, soit le paiement des créanciers bénéficiant d'un gage, d'une hypothèque, ou d'une clause de réserve de propriété »<sup>(470)</sup>. De surcroît, la transmission éventuelle des créances, dettes et contrats sera soumise au droit commun<sup>(471)</sup> (*supra*, n<sup>os</sup> 10 et s.).

Nous ne reviendrons pas davantage sur cette hypothèse qui reste moins fréquente et nous nous concentrerons, dans cette contribution, sur la procédure de réorganisation par transfert sous autorité de justice.

## b) *Le transfert sous autorité de justice*

### i. *Présentation générale*

**89. – Supervision du transfert par un mandataire**<sup>(472)</sup>. Le transfert de tout ou partie de l'entreprise sous autorité de justice constitue la troisième voie dans laquelle peut se diriger le débiteur. La cession de

(468) I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 220. Voy., sur cette possibilité, C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 38. Les auteurs développent également les possibilités de transférer des actifs ou des activités dans le cadre de la procédure par accord amiable, voire même hors procédure (C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 36).

(469) Y. GODFROID et D. PASTEGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », *op. cit.*, p. 119.

(470) I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 220.

(471) Y. GODFROID et D. PASTEGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », *op. cit.*, p. 119.

(472) Pour une analyse comparée de différents modes de cession d'une entreprise en difficulté (transfert sous autorité de justice, faillite et liquidation), voy. W. DERIJCKE, « Analyse comparée de la cession d'une entreprise dans le cadre des procédures de faillite et de liquidation », *op. cit.*, pp. 75-101.

l'entreprise en *going concern* est totale ou partielle<sup>(473)</sup> et se réalise sous la supervision d'un mandataire de justice avec l'accord du tribunal<sup>(474)</sup>. Le débiteur, même s'il ne joue pas de rôle actif<sup>(475)</sup>, reste à la tête de son patrimoine<sup>(476)</sup>. L'organisation et la procédure de réalisation du transfert sont toutefois menées par le mandataire de justice et échappent au débiteur<sup>(477)</sup>.

Le transfert sous autorité de justice crée, entre les créanciers, une situation de concours. Le produit de la vente sera affecté au désintéressement des créanciers. Lors de la répartition, le principe de l'égalité des créanciers et la priorité reconnue aux créanciers qui peuvent se prévaloir d'une cause de préférence devront être respectés. Les droits des créanciers sont reportés sur le prix du transfert<sup>(478)</sup>, ce qui engendre la purge des sûretés réelles et des privilèges<sup>(479)</sup>.

**90. – Transfert volontaire ou forcé<sup>(480)</sup>.** Le transfert est, en principe, volontaire<sup>(481)</sup>. Le législateur a toutefois prévu, à l'article 59, § 2, de la LCE, plusieurs hypothèses de cession forcée de l'entreprise. Le transfert peut, en effet, être ordonné à la demande d'un créancier, du Procureur du Roi ou de toute personne ayant un intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise. La différence entre les deux régimes réside principalement dans le fait que le débiteur qui consent au transfert (soit lors du dépôt de sa requête, soit en cours de procédure<sup>(482)</sup>) se voit conférer un « pouvoir décisionnel plus important »<sup>(483)</sup>.

(473) Il est ainsi possible de prévoir le transfert d'une seule activité en vue de sauvegarder d'autres activités de l'entreprise (J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 247).

(474) D. WILLERMAIN, « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises », *op. cit.*, p. 136.

(475) J.-P. RENARD, V. RENARD, N. OUCHINSKY et W. DAVID, *La loi relative à la continuité des entreprises après la réforme de 2013 : mode d'emploi*, *op. cit.*, p. 384.

(476) Le débiteur n'est pas dessaisi de son patrimoine (J. RASQUIN, « Commentaar bij art. 60 Wet Continuïteit Ondernemingen », in *Handels en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Klassiek handelsrecht*, Malines, Wolters Kluwer, 2017, p. 5).

(477) Voy., sur les relations entre le mandataire et le débiteur, J. RASQUIN, *ibid.*, pp. 5 et s.

(478) Art. 66 de la LCE.

(479) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 240.

(480) Voy., sur cette distinction, K. BYTTEBIER et M. GESQUIÈRES, « De overdracht onder gerechtelijk gezag », in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON et M. VANMEENEN (éd.), *Gerechtelijke reorganisatie, Getest, gewikt en gevogen*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 208.

(481) Art. 59, § 1<sup>er</sup>, de la LCE.

(482) Voy., sur les hypothèses dans lesquelles une demande de transfert peut être introduite en cours de procédure, l'art. 39 de la LCE. Voy. également, K. BYTTEBIER et M. GESQUIÈRES, « De overdracht onder gerechtelijk gezag », *op. cit.*, p. 211 ; Y. GODFROID et D. PASTEGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », *op. cit.*, p. 120.

(483) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 218.

**91. – Le cadre légal de la procédure.** La procédure de transfert est régie par les articles 59 et s. de la LCE<sup>(484)</sup>. Le tribunal est amené à statuer sur le principe du transfert et nomme un mandataire<sup>(485)</sup>. Ce dernier a pour mission d'organiser la vente : réalisation d'un inventaire, analyse des modalités de cession, sollicitation d'offres...<sup>(486)</sup> Le tribunal tranche<sup>(487)</sup>, le cas échéant, entre les différentes offres<sup>(488)</sup> et autorise la vente. Le mandataire de justice se charge ensuite d'exécuter le transfert et de répartir le prix de vente et sollicite, conformément à l'article 67, la clôture de la procédure.

**92. – Les objectifs.** Les objectifs poursuivis par la procédure sont de trois ordres : le maintien de l'emploi, le respect des droits des créanciers et le maintien de l'activité<sup>(489)</sup>. La priorité est donnée à cette dernière<sup>(490)</sup>.

## ii. L'objet du transfert

**93. – Position du problème.** La détermination de l'objet du transfert, à savoir, suivant les termes de la loi, « tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités », a suscité plusieurs interrogations en doctrine. En utilisant le vocable de transfert d'entreprise et d'activités, la loi relative à la continuité des entreprises a donc quelque peu semé le trouble. Avant l'introduction de la loi, on rencontrait déjà en droit belge plusieurs cas de figure dont les effets pouvaient s'apparenter à ce transfert. La cession du fonds de commerce (*infra*, n<sup>os</sup> 132 et s.)<sup>(491)</sup> et le

(484) Voy., sur les art. 59 et s. de la LCE ainsi que les missions du mandataire, le choix du candidat repreneur, l'autorisation du tribunal et l'exécution du transfert, Y. GODFROID et D. PASTEGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », *op. cit.*, pp. 143-159.

(485) Art. 60 de la LCE.

(486) Art. 62 de la LCE. L'article 62, alinéa 3, *in fine* précise toutefois que « Pour qu'une offre puisse être prise en considération, le prix offert pour l'ensemble des actifs vendus ou cédés doit être égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée présumée en cas de faillite ou liquidation. » Voy. également D. WILLERMAIN, « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises », *op. cit.*, pp. 140 et s.

(487) Le tribunal bénéficie, contrairement à l'hypothèse de cession prévue à l'article 51, d'une certaine marge d'appréciation. Voy., pour des hypothèses où le tribunal pourrait refuser l'autorisation de cession, Y. GODFROID et D. PASTEGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », *op. cit.*, p. 156.

(488) Art. 64 de la LCE.

(489) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 219. L'auteur infère ces objectifs des articles 59, § 1<sup>er</sup>, 62, alinéa 2, et 64, § 1<sup>er</sup>.

(490) I. VEROUGSTRAETE, *ibid.*, p. 218.

(491) Le fonds de commerce est généralement considéré comme une universalité de fait au contenu variable et fluctuant en vue de l'exploitation d'un commerce et le maintien d'une clientèle. Voy. la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture, ainsi que l'agréation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation, *M.B.*, 5 novembre 1919.

transfert d'une branche d'activité ou d'une universalité (*supra*, n<sup>os</sup> 71 et s.)<sup>(492)</sup> sont déjà organisés par la loi et connus de la pratique<sup>(493)</sup>. Une différence de taille sépare toutefois ces deux opérations. Tandis que la première ne permet pas la cession des dettes (et *a fortiori* du contrat) sans l'accord du créancier cédé<sup>(494)</sup>, la seconde implique de plein droit une cession de l'ensemble des dettes et créances liées à l'activité<sup>(495)</sup>. Outre le caractère confus des notions utilisées, l'absence de régime spécifique de transmission des éléments d'actif et de passif saute immédiatement aux yeux des praticiens. À défaut pour le législateur de préciser les « instruments nécessaires » à la réalisation d'un tel transfert<sup>(496)</sup>, la doctrine s'est légitimement interrogée sur son articulation et sa compatibilité avec les régimes existants (*infra*, n<sup>os</sup> 96 et s.).

**94. – Exigence de consistance réelle.** Vu les objectifs poursuivis par le législateur, « l'objet du transfert doit avoir une consistance réelle »<sup>(497)</sup>. L'opération doit, en effet, permettre le maintien de l'activité et de l'emploi<sup>(498)</sup>. L'opération ne peut consister en une simple liquidation des actifs<sup>(499)</sup>, mais vise, au contraire, à « transférer un ensemble complexe de biens et de droits qui comportent tous les éléments nécessaires à la poursuite d'activité »<sup>(500)</sup>. Les auteurs s'accordent, dès lors, aujourd'hui pour reconnaître que « pour constituer une activité ou une

(492) Voy. les art. 678 et s. (apport) et l'art. 770 (cession) du Code des sociétés. La notion de « branche d'activités » est centrée sur la capacité de production et se caractérise par une certaine autonomie dans l'activité et le fonctionnement (voy. D. WILLERMAIN, « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises », *op. cit.*, p. 96). Les articles 760 et s. du Code des sociétés réglementent la procédure d'apport ou de cession de branche d'activités. La procédure d'apport ou de cession d'universalité est calquée sur cette dernière sous réserve du prescrit de l'article 761 du Code des sociétés (voy. également D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, pp. 35-48).

(493) D. WILLERMAIN, *ibid.*, p. 96.

(494) La cession de dettes n'est pas régie dans le Code civil. En principe, elle est interdite sauf disposition légale contraire. Elle reste permise, pour la doctrine, avec l'accord du créancier (voy. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Leerboek 2*, *op. cit.*, pp. 70 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1999, pp. 834-835, n° 39 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « Cession de dette – Rapport belge », Rapport présenté dans le cadre de ce séminaire, n° 17 et s.). La Cour de cassation oblige toutefois de passer par le truchement de la novation, voy. Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1487. Voy. *supra*, n° 14 et s.

(495) D. WILLERMAIN, « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises », *op. cit.*, p. 96.

(496) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 220.

(497) *Ibid.*, p. 220.

(498) *Ibid.*, p. 220. Voy. également, J. RASQUIN, « Commentaar bij art. 62 Wet Continuïteit Ondernemingen », in X, *Handels en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Klassiek handelsrecht*, Malines, Wolters Kluwer, 2017, pp. 10 et s.

(499) Y. GODFROID et D. PASTERGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », *op. cit.*, p. 122 et p. 128.

(500) *Ibid.*, p. 122.



partie d'activité, au sens de la loi, des actifs doivent, par leur agencement ou leur organisation, permettre la production de biens ou de services »<sup>(501)</sup>. Partant, tous les types de transferts en *going concern* sont visés par la loi relative à la continuité et non pas uniquement les cessions de fonds de commerce ou de branche d'activité<sup>(502)</sup>.

### iii. *Les modalités du transfert*

**95. – Rejet des cessions d'actions.** Une première forme de transfert peut être écartée d'emblée du champ de l'article 59 de la LCE. De manière unanime, les auteurs considèrent en effet que le transfert sous autorité de justice ne peut prendre la forme d'une cession d'actions<sup>(503)</sup>. Ces actions ne sont en effet pas la propriété de l'entreprise en difficulté. Elles appartiennent aux actionnaires et ne peuvent dès lors être cédées<sup>(504)</sup>. Les cours et tribunaux rejettent également les demandes de transfert ayant pour objet des titres de la société dès lors que le prix de vente devrait alors revenir à leurs titulaires<sup>(505)</sup>.

**96. – Mobilisation des régimes spécifiques du droit des sociétés.** L'avantage des régimes spécifiques du droit des sociétés a été maintes fois affirmé. Il réside principalement dans la transmission de plein droit de l'ensemble des éléments d'actif et de passif du patrimoine. À défaut pour le législateur d'attribuer au transfert sous autorité de justice des effets similaires, les praticiens peuvent-ils puiser dans le Code des sociétés les avantages d'une cession d'universalité ou de branche d'activité ?

Y. Godfroid, D. Pasteger affirment que ce « n'est pas la voie utilisée par les mandataires de justice dans la mesure où, suivant les dispositions précitées, elle est exclusivement rémunérée en titres de la société cessionnaire »<sup>(506)</sup>. Cette affirmation ne vaut toutefois que pour les apports et non les cessions. Le régime prévu à l'article 770 du Code des sociétés n'exige, en effet, pas de rémunération sous forme de titres

(501) *Ibid.*, p. 97 et p. 137.

(502) *Ibid.*, p. 137.

(503) S. BRIJS et A. VAN HOE, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijke gezag : conceptuele en juridische knelpunten », *R.D.C.*, 2012, p. 407, n° 31 ; Y. GODFROID et D. PASTEGER, *ibid.*, p. 123 ; J. RASQUIN, « Commentaar bij art. 60 Wet Continuïteit Ondernemingen », *op. cit.*, p. 8.

(504) J. RASQUIN, *ibid.*, p. 8.

(505) Voy. Gand, 6 juin 2011, *R.D.C.*, 2012, p. 465 ; Comm. Bruges, 30 mars 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 66.

(506) Y. GODFROID et D. PASTEGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », *op. cit.*, p. 123.

de la société. Comme l'indiquent C. Alter et L. Van Muylen, « il n'est en principe pas interdit au cessionnaire et au cédant de soumettre le transfert opéré dans le cadre de la réorganisation judiciaire au régime des apports et cessions d'universalité ou de branche d'activité »<sup>(507)</sup>. La procédure à suivre et les exigences de forme restent cependant assez lourdes (*supra*, n° 77).

Les auteurs nuancent ensuite leurs propos et précisent que le législateur n'a envisagé le transfert « *qu'ut singuli*, à l'exclusion du régime de l'apport ou de la cession de branche d'activité ou d'universalité »<sup>(508)</sup>. D'autres auteurs mettent par ailleurs l'accent sur le fait qu'outre la transmission du patrimoine actif et passif que la cession régie par le droit des sociétés implique, « il faudra également considérer que le mandataire de justice auquel est confié le patrimoine d'affectation peut engager le débiteur »<sup>(509)</sup>, ce qui est loin d'aller de soi.

La question qui se pose est, en réalité, de savoir si les missions qui sont exercées par les organes de gestion dans le cadre d'une fusion peuvent désormais être remplies par le mandataire de justice. C'est la solution qui prévaut en matière de faillite<sup>(510)</sup>. Même si, contrairement aux procédures de faillite, le débiteur n'est, en matière de réorganisation judiciaire, pas dessaisi, la solution ne paraît pas totalement saugrenue. Les hypothèses de cessions forcées démontrent le caractère fragile du principe selon lequel le débiteur en difficulté n'est pas dessaisi.

**97. – Cession de fonds de commerce.** Le recours aux règles qui régissent la cession d'un fonds de commerce est par contre bel et bien admis. En tant qu'universalité de fait, le transfert du fonds de commerce devra répondre aux conditions de cessions de chaque élément pris individuellement (voy. *supra*, n°s 14 et s.).

**98. – Recours à la simple cession d'actifs (voire de passifs) selon les modalités de droit commun.** Dans la mesure où les modalités de cession des dettes (et *a fortiori* des contrats)<sup>(511)</sup> ne sont pas réglées dans la loi, les transferts visent généralement uniquement

(507) C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 40. Les auteurs se fondent notamment sur le fait que les ventes d'immeubles sont soumises aux formalités d'usage de ce type de vente, de même que les ventes publiques.

(508) *Ibid.*, p. 40.

(509) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 220.

(510) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 1062.

(511) Seul le transfert des contrats de travail est réglé par la loi aux articles 61 et s.

des actifs (moyens de production, personnel, clientèle...) <sup>(512)</sup>. Le cessionnaire n'est donc généralement pas tenu des dettes résultant des contrats en cours, sauf s'il a accepté de les reprendre <sup>(513)</sup>. Une cession du passif n'est, en effet, pas exclue <sup>(514)</sup>. Cette insertion des dettes présente toutefois certains risques. Le prix de cession sera inférieur en raison de la reprise du passif, ce qui pénalise le créancier dont la créance n'est pas transmise <sup>(515)</sup> tandis que le créancier dont la créance est transférée échappe au concours et bouscule les règles de conflits de rang <sup>(516) (517)</sup>.

iv. *La transmission des contrats et les atouts que revêt la procédure de transfert sous autorité de justice*

**99. – Sort et le transfert des contrats en cours : deux poids, deux mesures ?** Le sort des contrats en cours lors de l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire est régi par l'article 35 de la loi.

Les paragraphes 1 et 2 de cet article disposent que

« § 1<sup>er</sup>. Nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution.

Le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement en s'exécutant dans un délai de quinze jours après qu'il a été mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire.

§ 2. Le débiteur peut cependant, même en l'absence de disposition contractuelle en ce sens, décider de ne plus exécuter un contrat en cours pendant la durée du sursis, en notifiant cette décision à ses cocontractants conformément à l'article 26, § 2, à la condition que cette non-exécution soit nécessaire pour pouvoir proposer un plan de réorganisation aux créanciers ou rendre le transfert sous autorité judiciaire possible.

L'exercice de ce droit ne prive pas le créancier du droit de suspendre ses propres prestations.

(512) Le cessionnaire n'est donc nullement tenu des dettes résultant des contrats en cours à moins qu'il ait accepté de les reprendre dans le cadre du transfert.

(513) Partant, les dettes qui échappent au transfert sont payées à l'aide du prix de cession (D. WILLERMAIN, « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises », *op. cit.*, p. 139).

(514) S. BRIJS et A. VAN HOE, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijke gezag : conceptuele en juridische knelpunten », *op. cit.*, p. 408 ; J. RASQUIN, « Commentaar bij art. 60 Wet Continuïteit Ondernemingen », *op. cit.*, p. 10.

(515) Voy., sur la controverse relative à la prise en considération d'une reprise de passif dans l'évaluation du prix, S. BRIJS et A. VAN HOE, *ibid.*, p. 408. Comp. C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Dépistages, mesures provisoires et réorganisation judiciaire », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 148 et s. avec les références inédites citées.

(516) Voy. Bruxelles, 3 janvier 2012, *R.D.C.*, 2012, p. 477 et les commentaires formulés par S. BRIJS et A. VAN HOE, *ibid.*, pp. 408-409.

(517) Les droits des créanciers en concours sont, en effet, reportés sur le prix de vente (art. 66 de la LCE).

Lorsque le débiteur décide de ne plus exécuter un contrat en cours, les dommages auxquels son contractant peut prétendre sont une créance sursitaire.

La possibilité prévue par cet article ne s'applique pas aux contrats de travail ».

Le principe est celui du maintien des contrats en cours<sup>(518)</sup> <sup>(519)</sup>. Le débiteur et le cocontractant sont tenus de respecter les modalités du contrat<sup>(520)</sup>. Les clauses contraires sont paralysées. En présence de manquements contractuels commis antérieurement au sursis, le débiteur doit régulariser la situation dans les quinze jours à dater de la mise en demeure. À défaut de réparer son manquement contractuel, le cocontractant peut résoudre le contrat<sup>(521)</sup>.

Cette faveur pour le maintien des contrats en cours favorise sans conteste la continuité des activités. Elle n'est pourtant plus perceptible au stade du transfert.

Le transfert de ces contrats dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice n'est, en effet, pas organisé par la loi. La tendance constatée au stade du sursis se dissipe fortement dès que l'on envisage le transfert des activités. Certains auteurs y voient une occasion manquée du législateur<sup>(522)</sup>.

Le transfert des contrats, pour autant qu'il intervienne, sera donc appréhendé sous l'angle du droit commun de la cession des droits et obligations (*supra*, n<sup>os</sup> 10 et s.). Il faudra notamment veiller à obtenir l'accord de chacun des cocontractants du débiteur, ce qui rend cette voie peu attrayante. Certains prônent le recours à la cession imparfaite qui ne requiert pas l'accord du cocontractant cédé (*supra*, n<sup>os</sup> 15 et s.). Dans cette hypothèse, le cédant et le cessionnaire restent tenus *in solidum*<sup>(523)</sup>. Cette possibilité est toutefois écartée en présence de clauses

(518) Voy., sur la question, Th. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANQUEN, M. DRESEN, Th. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 79 et s.

(519) La procédure ne met pas fin aux contrats *intuitu personae* « à moins bien entendu que la confiance des parties au contrat conclu *intuitu personae* soit ébranlée au point que ledit contrat ne puisse être davantage exécuté » (A. ZENNER, *La nouvelle loi sur la continuité de l'entreprise*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 100, n<sup>o</sup> 59). W. David, N. Ouchinsky, J.-P. Renard et V. Renard adoptent quant à eux une approche encore plus restrictive dans une perspective de continuité (J.-P. RENARD, V. RENARD, N. OUCHINSKY et W. DAVID, *La loi relative à la continuité des entreprises après la réforme de 2013 : mode d'emploi*, *op. cit.*, p. 159).

(520) J.-P. RENARD, V. RENARD, N. OUCHINSKY et W. DAVID, *ibid.*, p. 157.

(521) T. BELLAVIA, « La réorganisation judiciaire et le sort des contrats », *Pli juridique*, 2011, n<sup>o</sup> 15, p. 12.

(522) S. BRIJS et A. VAN HOE, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijke gezag : conceptuele en juridische knelpunten », *op. cit.*, p. 407.

(523) Y. GODFROID et D. PASTEGGER, « Le transfert de l'entreprise en difficulté sous autorité de justice », *op. cit.*, p. 160.

d'incessibilité, fréquentes en pratique<sup>(524)</sup>. La procédure de transfert sous autorité de justice n'est donc pas considérée par les praticiens comme la panacée.

La doctrine appelle ainsi de ses vœux la mise en place d'un régime autonome de cession des contrats<sup>(525)</sup>.

**100. – Quels atouts pour le régime de la LCE ?** Le transfert sous autorité de justice présente plusieurs atouts par rapport à une simple cession d'actifs. Plusieurs spécificités méritent d'être épinglées. Elles sont tantôt favorables aux créanciers, tantôt favorables au débiteur.

Tout d'abord, le sort des contrats de travail repris par le cessionnaire<sup>(526)</sup> est réglé dans la convention collective de travail n° 102 du 5 octobre 2011<sup>(527)</sup> (528). Le principe du maintien des droits des travailleurs s'impose au cessionnaire. Ce dernier n'est toutefois tenu que des obligations qui lui sont communiquées par écrit par le mandataire de justice à l'occasion de la procédure d'information<sup>(529)</sup>. Des possibilités de dérogations sont toutefois permises pour les conditions de travail tant sur le plan individuel que collectif dans le respect des articles 10 et 11 de la convention<sup>(530)</sup>. Le sort des dettes est réglé aux articles 14 à 16 de la convention.

Ensuite, l'article 70 de la loi prévoit que « la personne physique dont l'entreprise a été transférée dans sa totalité par application de

(524) *Ibid.*, p. 160.

(525) S. BRIJS et A. VAN HOE, « De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijke gezag : conceptuele en juridische knelpunten », *op. cit.*, p. 407.

(526) Ce dernier n'est toutefois pas tenu de reprendre le personnel de l'entreprise cédée. Le choix des travailleurs est réglementé à l'article 12 qui dispose que :

« Le choix des travailleurs qui seront repris par le (candidat-)repreneur incombe à ce dernier.

Le choix du (candidat-)repreneur doit être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite.

En particulier, les représentants des travailleurs dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée ne peuvent être soumis à un traitement différencié uniquement en raison de leur activité exercée comme représentant des travailleurs dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée.

L'absence de différenciation interdite est présumée établie si la proportion, avant le transfert sous autorité de justice, entre les travailleurs occupés dans l'entreprise transférée ou la partie d'entreprise transférée et leurs représentants dans les organes de cette entreprise ou partie d'entreprise reste respectée après le transfert.

Cette présomption est réfragable. »

(527) Convention collective de travail n° 102 du 5 octobre 2011, conclue au sein du Conseil national du travail, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice, *M.B.*, 25 avril 2013.

(528) Voy., sur le volet social de la procédure de réorganisation judiciaire, Th. CAVENAILE et Fr. LIGOT, « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté », *op. cit.*, pp. 261 et s.

(529) *Ibid.*, p. 265.

(530) *Ibid.*, p. 267.

l'article 67 peut être déchargée par le tribunal des dettes existantes au moment du jugement ordonnant ce transfert, si cette personne est malheureuse et de bonne foi »<sup>(531)</sup>. De surcroît, la décharge du cessionnaire de toutes les obligations autres que celles mentionnées dans l'acte de transfert est également prévue à l'article 68.

Enfin, la procédure de transfert sous autorité de justice permet de passer outre le désaccord éventuel des créanciers. L'autorisation n'est, en effet, pas soumise au vote de ceux-ci tandis qu'ils ne sont pas parties à la procédure<sup>(532)</sup>. Seuls les créanciers qui disposent d'une sûreté sur les actifs qui font l'objet du projet de cession pourront, par requête, solliciter du tribunal que la cession soit subordonnée au respect de certaines conditions, telles que la fixation d'un prix de vente minimum<sup>(533)</sup>. La vente est purgeante conformément aux articles 65 et 66 de la LCE.

On notera également le regain d'intérêt que suscite la possibilité d'auto-cession<sup>(534)</sup>. Cette dernière est dorénavant consacrée à l'article 62, alinéa 4, de la LCE<sup>(535)</sup>.

## 2. *Le nouveau droit de l'insolvabilité*<sup>(536)</sup>

**101. – Adoption de la réforme.** La réforme du droit de l'insolvabilité est désormais devenue une réalité de terrain. Le projet de loi déposé à la Chambre des représentants le 20 avril 2017<sup>(537)</sup> – qui atteint pratiquement 900 pages – a abouti, le 11 août 2017, à la promulgation de la loi qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2018<sup>(538)</sup>. L'objectif est de rendre les procédures de réorganisation judiciaire et de faillite plus

(531) Le débiteur n'est donc pas déchargé des dettes non apurées s'il ne sollicite pas sa décharge ou s'il ne répond pas aux conditions fixées à l'article 70, alinéa 1<sup>er</sup>, de la LCE. Le sort des conjoints est, quant à lui, calqué sur celui applicable en cas de faillite (voy. art. 33, 69 et 70 de la LCE).

(532) Les créanciers sont toutefois admis à intervenir volontairement dans la procédure conformément à l'article 5, alinéa 5, de la LCE.

(533) Art. 63, dernier al., de la LCE.

(534) Voy., sur l'auto-cession sous autorité de justice, R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, « Auto-cessions et *sterfhuisconstructies* dans les procédures collectives », in *La cession d'une entreprise en difficulté*, coll. CUP, vol. 159, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 199 et s.

(535) Avant la modification opérée par la loi du 27 mai 2013, la doctrine admettait cette opération sous le couvert des articles 16 et 59 de la LCE (R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, *ibid.*, p. 203).

(536) Voy., pour un aperçu complet de la réforme, C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017 ; C. ALTER (coord.), *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2017.

(537) La réforme de l'insolvabilité est toutefois annoncée depuis plus longtemps. Voy., sur les premières réactions des présidents des tribunaux, J.-P. LEBEAU, « La réforme de l'insolvabilité : les tribunaux de commerce positifs mais en éveil », *R.D.C.*, 2016, pp. 327-328.

(538) Sous réserve de certaines exceptions. Voy. la loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

efficaces et plus performantes<sup>(539)</sup>. En plus de rationaliser la matière, le législateur pallie les faiblesses des lois du 8 août 1997 ainsi que du 31 janvier 2009 et innove<sup>(540)</sup>.

**102. – Le nouveau Livre XX du Code de droit économique.** Le texte adopté en séance plénière le 13 juillet 2017 ayant donné lieu à la loi du 11 août 2017 prévoit l'abrogation de la loi relative à la continuité des entreprises qui migre dans le nouveau Livre XX du Code de droit économique. Ce dernier a désormais vocation à accueillir l'ensemble des législations ayant trait à l'insolvabilité. Le titre premier du livre XX du Code de droit économique instaure un véritable droit commun des procédures d'insolvabilité. Les titres suivants sont consacrés à la détection des entreprises (Titre II), aux mesures provisoires en cas d'insolvabilité (Titre III), au médiateur d'entreprise et à la conclusion d'accords amiables (Titre IV), à la procédure de réorganisation judiciaire (Titre V), à la faillite (Titre VI) et aux insolvabilités transfrontalières (Titre VII). Les titres VIII<sup>(541)</sup>, IX et X sont consacrés respectivement aux actions en responsabilité, aux interdictions et réhabilitations ainsi qu'à la faillite rapportée.

**103. – L'insertion d'un régime spécifique de transfert des contrats en cours.** L'appel du pied de la doctrine n'est pas resté sans réponse. L'une des innovations les plus marquantes de la réforme concerne le transfert des contrats en cours. Le nouvel article XX.87, § 3, dispose :

« § 3. Le candidat offrant peut indiquer un ou plusieurs contrats en cours qui ne sont pas ceux conclus *intuitu personae* entre le débiteur et un ou plusieurs cocontractants qu'il souhaite reprendre intégralement, dettes du passé incluses, si son offre est acceptée. Dans ce cas, si la vente s'effectue conformément à l'article XX.90, l'offrant concerné sera subrogé de plein droit dans les droits du débiteur dans le ou les contrats qu'il a indiqués, sans que le cocontractant doive donner son consentement. Les dettes du passé découlant des contrats ainsi indiqués, pris en charge par l'acquéreur, ne sont pas considérées comme élément du prix au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3 ».

Le nouveau régime de transfert des contrats distingue les contrats *intuitu personae* de ceux qui ne le sont pas.

(539) Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 3.

(540) Le caractère innovant de la réforme est contesté par W. Derijeke (voy. W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 9 à 30).

(541) La loi comporte à cet égard une légère coquille dès lors qu'elle comporte deux titres VII et aucun titre VIII.



Si le candidat offrant indique qu'il souhaite reprendre ces contrats, le transfert des seconds n'est pas soumis à l'accord du cocontractant cédé. Le cessionnaire est, par ailleurs, tenu de l'ensemble des dettes du cédant. À l'inverse, le transfert des premiers est soumis aux règles du droit commun.

L'exposé des motifs précise :

« Un régime sui generis est créé en ce qui concerne le transfert de contrats qui sont nécessaires à l'entreprise. [...] Les contrats en cours sont une composante importante pour de nombreuses entreprises (en particulier dans le cadre de la soi-disant "nouvelle économie"). La législation en vigueur ne prévoit pas la possibilité pour celui qui fait l'offre de reprendre certains contrats en cours, qui sont essentiels pour la continuité de l'entreprise. L'absence d'une telle législation a mis un frein au transfert d'entreprises en continuité. Pour répondre à cette exigence, l'article XX.89, § 3, prévoit que l'offrant peut désigner un ou plusieurs contrats en cours qu'il souhaite reprendre pleinement sur si son offre est acceptée. Cette possibilité est exclue pour les contrats *intuitu personae*. La qualification purement contractuelle d'un contrat comme *intuitu personae* n'empêchera pas cependant la reprise d'un contrat en cours. La reprise d'un contrat en cours n'est pas désavantageuse pour le cocontractant du débiteur, étant donné que l'obligation pour l'offrant de reprendre la totalité des dettes. Les créanciers ne seront pas non plus lésés, vu le fait que le reliquat des dettes ne fait pas partie faire partie du prix offert ».

Ce nouvel article crée, en réalité, plus de difficultés qu'il n'en résout.

Tout d'abord, la notion d'*intuitus personae* est fuyante<sup>(542)</sup>. Sa délimitation fait débat et divise la doctrine. À cet égard, on peut regretter l'absence d'harmonisation entre le droit de l'insolvabilité et le droit des sociétés ou, à tout le moins, l'absence de motivation qui justifierait la différence de traitement. Le critère de distinction entre les contrats *intuitu personae* et ceux qui ne le sont pas contraste sensiblement avec les principes qui régissent les restructurations de sociétés. Qu'en est-il en présence de contrats *intuitu personae* qui s'avèrent indispensables à la continuité de l'entreprise ? À défaut d'accord du créancier « stratégique », les chances de continuité sont définitivement obérées.

Ensuite, le sort des clauses d'incessibilité n'est pas davantage abordé.

(542) Dans le cadre des discussions parlementaires, le ministre a précisé que le contrat de crédit était uniquement *intuitu personae* dans le chef du preneur de crédit. Le repreneur ne peut dès lors, reprendre ce contrat sans l'accord du donneur de crédit (Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens et Ann Vanhese, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 46). Voy., sur la notion d'*intuitus personae*, P. BAZIER, « L'*intuitus personae* et l'exécution des obligations contractuelles », in P. WÉRY (dir.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Questions choisies*, coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 105-175.

Enfin, le prescrit de l'article XX.89, § 3, *in fine* se révèle pour d'aucuns contre-productif. Aux termes de celui-ci, il est prévu que « Les dettes du passé découlant des contrats ainsi indiqués<sup>(543)</sup>, pris en charge par l'acquéreur, ne sont pas considérées comme élément du prix au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3 ». À suivre cet article, la reprise de passif ne pourra pas intervenir dans l'appréciation du prix du transfert. Cette absence de prise en considération constituera un véritable frein au transfert. La limite fixée à l'article XX.87, § 1<sup>er</sup>, qui impose que l'offre soit supérieure au prix qui serait offert dans le cadre d'une faillite pourrait être rapidement atteinte. L'appréciation et la mise en concurrence des différentes offres ne seront pas sans poser problème.

### B. – *Le régime de la loi sur les faillites*

**104. – L'avant et l'après réforme.** La loi sur les faillites a subi le même sort que la loi relative à la continuité des entreprises. L'article 70 de la loi du 11 août 2017 prévoyait, en effet, son abrogation. La réforme est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2018. La loi du 8 août 1997 reste toutefois applicable aux procédures ouvertes avant cette date, raison pour laquelle il nous a paru important d'étudier l'avant (1) et l'après réforme (2). En outre, dans la mesure où la réforme n'apporte pas de modifications substantielles au niveau de la cession des contrats, c'est toujours au regard des principes dégagés sous l'empire de la loi de 1997 que seront résolues les questions y afférentes.

#### 1. *La loi du 8 août 1997*

**105. – Présentation.** La question des transmissions d'universalité se pose différemment en matière de faillite qu'en matière de réorganisation judiciaire. Au contraire de la procédure de réorganisation qui s'inscrit dans une dynamique de continuité, la faillite est tournée vers un processus de liquidation (a)). De nombreuses dispositions de la loi organisent dès lors la liquidation des actifs (b)). De là à prétendre qu'un régime de transmission *ut universi* est envisageable, il y a toutefois un pas qu'il serait prudent de ne pas franchir (c)).

(543) Une lecture *a contrario* de ce texte – et plus précisément de la notion de « contrats ainsi indiqués » – incite à penser que le passif qui découle de contrats ayant été résiliés, de contrats *intuitu personae* ou de contrats pour lesquels le repreneur ne souhaite pas bénéficier du nouveau régime pourrait être intégré dans le prix (voy. C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Dépistages, mesures provisoires et réorganisation judiciaire », *op. cit.*, p. 150).

### a) *Aperçu de la procédure de faillite en droit belge*

**106. – Procédure d'exécution collective.** La faillite est perçue comme « une procédure d'exécution collective par laquelle les biens d'un débiteur qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit est ébranlé sont placés sous la mainmise judiciaire pour être conservés, administrés et liquidés par un ou plusieurs mandataires de justice, appelés curateurs, en vue de désintéresser tous ceux qui sont créanciers au jour du jugement déclaratif. Cette procédure se substitue aux poursuites individuelles des créanciers dans le but d'assurer à chacun d'eux un traitement égal »<sup>(544)</sup>. À l'inverse des procédures orientées vers la continuité de l'entreprise, la faillite constitue davantage une technique de paiement des créanciers. Elle est guidée par la volonté de protéger les créanciers en préservant l'intégrité de leur droit de gage général tout en évitant une anarchie des poursuites<sup>(545)</sup>. La sécurité du commerce, le maintien du crédit et le souci d'éviter le risque de contagion sont au centre des préoccupations<sup>(546)</sup>. La faillite est, en effet, indissociable du bon fonctionnement du marché dans la mesure où elle opère un véritable nettoyage et fait disparaître les opérateurs voués à l'échec<sup>(547)</sup>. En tant qu'« institution d'utilité sociale essentielle dans l'organisation économique »<sup>(548)</sup>, elle présente un caractère d'ordre public. Il faut toutefois « veiller à ce que cette solution du désespoir ne survienne pas sans qu'un diagnostic fiable des difficultés ait été posé et que les remèdes adéquats aient été tentés »<sup>(549)</sup>.

**107. – Effets du jugement déclaratif de faillite.** La faillite entraîne le dessaisissement du débiteur<sup>(550)</sup>.

(544) A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 46.

(545) Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 56 et p. 64.

(546) R.P.D.B., t. V, v° Faillite et banqueroute, p. 333.

(547) C. MATRAY, dans sa préface à l'ouvrage d'Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *La restructuration des entreprises en difficulté au regard des nouvelles lois du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et du 8 août 1997 sur la faillite*, Diegem, Ced.Samsom, 1997, p. 5.

(548) A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, op. cit., 1998, p. 65.

(549) C. MATRAY, dans sa préface à l'ouvrage d'Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *La restructuration des entreprises en difficulté au regard des nouvelles lois du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et du 8 août 1997 sur la faillite*, op. cit., p. 5.

(550) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 229 ; A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 409 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., pp. 73-74 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 12 et s.

D'une part, le débiteur n'a plus la disposition de son patrimoine qui est confié à un curateur. Ce dernier est désigné par le tribunal et est chargé de conserver, d'administrer et de réaliser le patrimoine du failli. Il en répartira ensuite le produit de vente entre créanciers.

D'autre part, les obligations que le failli contracterait après faillite ne peuvent porter atteinte à son patrimoine<sup>(551)</sup>. Ce patrimoine est réservé aux créanciers de la faillite et à l'apurement des dettes, à l'exclusion de dettes futures, du failli<sup>(552)</sup>. L'objectif est d'éviter que la masse créancière ne soit préjudiciée par des actes « de mauvaise administration du failli et de la protéger contre toute possibilité de fraude »<sup>(553)</sup>.

Le jugement déclaratif de faillite engendre également la formation d'une masse. La notion de masse présente un double sens. Elle s'entend, d'une part, comme un « groupement réunissant la collectivité des créanciers de sommes du failli appelés à se partager son actif net » et, d'autre part, comme un « patrimoine d'affectation »<sup>(554)</sup>. La masse englobe, à l'actif, non seulement les biens et droits présents et à venir du failli<sup>(555)</sup>, mais également le produit des actions diligentées par les curateurs dans le cadre de leur mission (par exemple, les biens rapportés à la masse suite aux actions en inopposabilité et les produits des actions en responsabilité menées par les curateurs). Au passif, on trouve l'ensemble des dettes contractées par le failli avant le jour du jugement déclaratif de faillite. L'article 22, alinéa 1<sup>er</sup>, dispose que le jugement déclaratif rend exigible à l'égard du failli les dettes non échues. Le passif est ainsi fixé, conformément au principe de cristallisation, par référence à l'état où il se trouvait au moment de la faillite. Ce passif étant figé et cliché, il ne peut plus varier, ce qui facilite sa liquidation<sup>(556)</sup>.

**108. – Gestion et administration de la masse par le curateur.** Le curateur se voit confier une triple mission. Il s'agit à la fois d'une mission de conservation<sup>(557)</sup> (apposition de scellés, réalisation d'un inventaire, établissement du bilan, prise d'une inscription

(551) Les nouveaux créanciers du failli sont sans recours sur le patrimoine dorénavant géré par le curateur (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 73).

(552) Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 54 et p. 73.

(553) R.P.D.B., t. V, v° Faillite et banqueroute, p. 362.

(554) A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 410 ; A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, *op. cit.*, p. 271.

(555) Art. 16, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur les faillites.

(556) I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 429.

(557) Art. 57 de la loi sur les faillites. Voy. E. DE PERRE, *Manuel du curateur de faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Péé, 1929, pp. 23 et s. ; R.P.D.B., t. V, v° Faillite et banqueroute, pp. 480 et s.

hypothécaire au profit de la masse, prise de position sur le sort des contrats en cours, poursuite éventuelle de l'activité du failli, conservation des archives<sup>(558)</sup>...), de reconstitution (restauration du patrimoine, libération des apports, action en inopposabilité, action en comblement de passif, action en responsabilité contre les organes)<sup>(559)</sup>, et de réalisation du patrimoine (récupération des créances, consignation des sommes récupérées, vente des biens, conclusion d'une transaction, répartition des deniers<sup>(560)</sup>...).

C'est, dans le cadre de cette dernière mission de liquidation, que se cristallise la question des transmissions d'universalité.

**109. – Excusabilité du failli, extension de l'excusabilité au conjoint du failli et décharge des sûretés personnelles à titre gratuit<sup>(561)</sup>.** Le failli reste tenu après la clôture du passif non apuré sauf s'il est déclaré excusable. L'excusabilité, inspirée par la doctrine américaine du *fresh start*, permet au débiteur personne physique de bénéficier d'un nouveau départ et d'effacer les stigmates de sa faillite<sup>(562)</sup>. Son régime figure aux articles 73, 79, 80 et 82 de la loi sur les faillites<sup>(563)</sup>. Seules les personnes physiques peuvent bénéficier de l'excusabilité, même si tel n'a pas toujours été le cas<sup>(564)</sup>.

Les conditions d'octroi sont doubles. D'une part, le failli doit être malheureux et de bonne foi ce qui implique une certaine latitude laissée aux tribunaux qui statueront sur base d'un faisceau d'éléments<sup>(565)</sup>. D'autre part, il ne doit pas exister de circonstances graves dans le chef

(558) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, pp. 332-347 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, Livre XII, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 294-301 ; B. VANDER MEULEN et D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, vol. 1, Malines, Kluwer, 2007, pp. 19 et s.

(559) Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *ibid.*, pp. 301-308.

(560) R.P.D.B., t. V, v° Faillite et banqueroute, p. 541 et s. ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, op. cit., pp. 349-367 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *ibid.*, p. 293 et pp. 308-309 ; B. VANDER MEULEN et D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, vol. 1, op. cit., pp. 156 et s.

(561) Sur les modifications de ces régimes suite à la réforme, voy. F. GEORGE, « La réforme de la faillite », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 153-239.

(562) A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, op. cit., p. 418 ; B. VANDER MEULEN et D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, vol. 1, op. cit., pp. 616 et s. ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, op. cit., pp. 49 et s.

(563) Nouvel art. XX.173 du C.D.E. D. PASTERGER, « De l'excusabilité à l'effacement : le point sur les mécanismes de *fresh start* et de décharge des cautions, dans le Livre XX du Code de droit économique », *R.D.C.*, 2018, pp. 266-280.

(564) Initialement, dans la loi du 8 août 1997, les personnes morales n'étaient pas exclues du champ d'application de l'excusabilité. C'est la loi du 4 septembre 2002 qui en a exclu les personnes morales (loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, M.B., 21 septembre 2002). Voy. M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, op. cit., p. 50.

(565) Ph. JEHASSE, *La faillite*, Liège, Edipro, 2006, p. 148.

du failli. S'il est déclaré excusable, le failli ne pourra plus être poursuivi par ses créanciers. L'excusabilité n'éteint pas les dettes du failli, elle ne fait qu'en suspendre l'exigibilité et n'a d'effet que pour l'avenir<sup>(566)</sup>.

Le sort du conjoint est lié à celui de son époux failli. Le conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux (ou l'ex-conjoint personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage), que ce soit par l'effet de dispositions légales ou par sa propre volonté, est libéré par l'excusabilité de celui-ci<sup>(567)</sup>. L'octroi de cette décharge est automatique et n'est soumis à aucune condition.

Les sûretés personnelles à titre gratuit bénéficient également d'un régime protecteur. Une procédure de décharge est mise en place aux articles 72bis, 72ter et 80 de la loi sur les faillites<sup>(568)</sup>. Cette décharge est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions de fond : seules les personnes physiques sont visées par la décharge à l'exclusion des personnes morales ; ces personnes physiques doivent s'être constituées sûreté personnelle du failli et s'être engagées à titre gratuit ; il doit exister une disproportion entre leurs revenus et leur patrimoine d'une part, et la dette garantie d'autre part<sup>(569)</sup>. L'octroi de la décharge est, en outre, soumis au respect de formalités procédurales<sup>(570)</sup>.

## b) *Les procédures de vente organisées par la loi sur les faillites*

### i. *Les procédures d'autorisation et d'homologation en matière de ventes mobilières et immobilières*

**110. – L'article 75 de la loi du 8 août 1997.** L'article 75, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi sur les faillites<sup>(571)</sup> prévoit que

« dès le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances ou à dater de quelque date ultérieure que ce soit, les curateurs procèdent à la liquidation de la faillite. Le juge-commissaire convoque le failli pour, en présence des curateurs, recueillir ses observations sur la meilleure réalisation possible de l'actif. Il en est dressé

(566) Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *op. cit.*, p. 371.

(567) M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, *op. cit.*, pp. 66 et s.

(568) Nouveaux art. XX.175 et XX.176 du C.D.E. Voy., sur les modifications apportées par la réforme, D. PASTERGER, « De l'excusabilité à l'effacement : le point sur les mécanismes de *fresh start* et de décharge des cautions, dans le Livre XX du Code de droit économique », *op. cit.*, pp. 266-280.

(569) Cette disproportion est appréciée au moment où le tribunal statue sur la décharge. Voy. B. VANDER MEULEN et D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, vol. 1, *op. cit.*, p. 645 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, pp. 777 et s. ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, *op. cit.*, pp. 84 et s.

(570) Voy. les art. 72bis, 72ter et 80, alinéa 4, de la loi sur les faillites. Voy. également sur ces conditions, B. VANDER MEULEN et D. VERCRUYSE, *ibid.*, p. 644 ; I. VEROUSTRATE, *ibid.*, pp. 775-777.

(571) Nouvel art. XX.166 du C.D.E.

procès-verbal. Les curateurs vendent notamment les immeubles, marchandises et effets mobiliers, le tout sous la surveillance du juge-commissaire en se conformant aux dispositions des articles 51 et 52, et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli. Ils peuvent transiger de la manière prescrite à l'article 58 sur toutes espèces de droit appartenant au failli, nonobstant toute opposition de sa part ».

La vente de l'ensemble des actifs devra se faire sous la surveillance du juge-commissaire. La loi règle toutefois différemment la vente des actifs mobiliers et celle des actifs immobiliers. Tandis que la première ne requiert pas d'autorisation spécifique du juge-commissaire (n° 111), la seconde exige soit l'autorisation du juge-commissaire ou du tribunal, soit l'homologation du tribunal (n° 112 et s.).

**111. – La vente des actifs mobiliers.** Le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances constitue pour le curateur une « date charnière »<sup>(572)</sup>. À compter de cette dernière, débute la phase de liquidation proprement dite. Le curateur poursuit la vente des actifs et décide des modalités de vente<sup>(573)</sup>. L'article 75 ne subordonne pas la vente des objets mobiliers et marchandises à l'autorisation préalable expresse du juge-commissaire<sup>(574)</sup>. Nous ne sommes donc pas en présence d'un véritable pouvoir d'autorisation dans le chef du juge-commissaire. La vente doit uniquement avoir lieu sous sa surveillance. Les formalités imposées par la loi se limitent à la convocation du failli invité à faire valoir ses observations sur la meilleure réalisation possible de l'actif. En pratique, la convocation se fera généralement à la séance de clôture du procès-verbal de vérification des créances à laquelle le failli est sommé de comparaître en vertu de l'article 13 de la loi<sup>(575)</sup>. Le greffier dresse procès-verbal des observations du failli et le joint au dossier de la faillite. Ni le juge-commissaire, ni le tribunal, ni même le failli ne pourront imposer leur point de vue ou donner des injonctions au curateur<sup>(576)</sup>.

**112. – La vente des actifs immobiliers**<sup>(577)</sup>. La vente des immeubles dépendant d'une masse faillie est soumise à des « formalités préalables et accompagnatrices »<sup>(578)</sup>. Les principes résultent d'une

(572) Expression utilisée par G. DE LEVAL et Fr. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Rép. not.*, t. VIII, Livre V, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 168.

(573) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 670.

(574) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, op. cit., p. 479.

(575) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 670.

(576) *Ibid.*

(577) *Ibid.*, pp. 681 et s.

(578) G. DE LEVAL et Fr. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », op. cit., p. 184.



combinaison entre, d'une part, l'article 100 de la loi sur les faillites<sup>(579)</sup> et, d'autre part, les articles 1190 et suivants du Code judiciaire. Nous verrons à cette occasion que le droit d'initiative se partage entre le curateur et les créanciers. Deux périodes devront être distinguées (voy. *infra*, n<sup>os</sup> 113 et 114).

**113. – Vente des actifs immobiliers durant la période antérieure au premier procès-verbal de vérification des créances.** Nous avons vu que le curateur doit patienter jusqu'au premier procès-verbal de vérification de créances avant de procéder à la vente des actifs. Ce principe fait toutefois l'objet de deux exceptions. La première découle de l'article 49 (*infra*, n<sup>o</sup> 117). La seconde procède de l'article 100, alinéa 4, de la loi sur les faillites<sup>(580)</sup> sur lequel nous ne nous appesantirons pas davantage.

**114. – Vente des actifs immobiliers postérieurement au premier procès-verbal de vérification des créances.** Le curateur peut, dès le premier procès-verbal de vérification de créances, procéder à la vente des actifs immobiliers conformément aux articles 1190 et suivants du Code judiciaire. Le curateur y procédera d'initiative ou, en application de l'article 100, alinéa 1<sup>er</sup>, suite à une éventuelle requête déposée au juge-commissaire par les créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits (autres que le créancier hypothécaire premier inscrit<sup>(581)</sup>). Le juge-commissaire, saisi sur requête soit par le curateur, soit par les créanciers, ordonnera la vente<sup>(582)</sup>. Le choix entre vente publique (art. 1190 du Code judiciaire) et vente de gré à gré (art. 1193<sup>ter</sup>) incombe au curateur. La première reste toutefois le principe et la seconde l'exception.

(579) L'article 100 a toutefois été sensiblement modifié par l'article XX.193 du C.D.E. Voy. la loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017, et Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n<sup>o</sup> 54-2407/001, pp. 100-101.

(580) L'article 100, alinéa 4, dispose que « Si la transcription hypothécaire de la saisie immobilière a eu lieu, les curateurs peuvent toujours en arrêter les effets, en procédant dans les mêmes formes, avec l'autorisation du tribunal de commerce, le failli appelé, à la vente des immeubles saisis [...] ».

(581) Car, conformément à l'article 100, alinéa 2, le créancier hypothécaire premier inscrit peut faire procéder à la vente de l'immeuble après le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances (J. DECHARNEUX et R. AYDOGDU, « Ordre et procédures collectives : un long fleuve tranquille ? », in *La procédure d'ordre en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 102).

(582) J. DECHARNEUX et R. AYDOGDU, *ibid.*, p. 102.

**115. – Principe : la vente publique.** C'est au sein de l'article 1190 du Code judiciaire que sont inscrits les principes qui gouvernent la vente publique d'un immeuble qui dépend de la masse faillie. Notre propos se limitera à l'hypothèse la plus fréquente : celle d'un immeuble appartenant en pleine propriété au failli<sup>(583)</sup>.

La vente publique est soumise à l'autorisation du juge-commissaire<sup>(584)</sup>. Ce dernier sera saisi par voie de requête unilatérale. Le juge-commissaire accorde son autorisation en motivant sa décision<sup>(585)</sup>. Il désigne également le notaire par le ministère duquel la vente publique aura lieu<sup>(586)</sup>.

Nous renvoyons sur les formalités accompagnatrices de la vente publique à l'excellente contribution de G. de Leval et F. Herinckx<sup>(587)</sup>. Nous soulignerons uniquement que la vente des immeubles du failli est régie, de manière fictive, comme une vente volontaire à l'initiative du failli<sup>(588)</sup>. C'est au curateur qu'il appartiendra d'apprécier l'opportunité de la vente : il peut, par exemple, refuser l'adjudication, sous sa responsabilité, s'il juge le prix insuffisant<sup>(589)</sup>.

**116. – Exception : la vente de gré à gré.** En vertu de l'article 1193ter du Code judiciaire, le curateur peut recourir à la vente de gré à gré. La possibilité de recourir à cette formule est le fruit d'une réforme datant de 1981<sup>(590)</sup>. Le recours à la vente de gré à gré doit toutefois être envisagé comme une exception<sup>(591)</sup>. La vente de gré à gré doit servir les intérêts de la masse faillie. L'article 1193ter, alinéa 3, est clair : « L'autorisation est accordée si l'intérêt de la masse faillie l'exige et de l'avis du juge-commissaire. L'ordonnance doit indiquer expressément la raison pour laquelle la vente de gré à gré sert l'intérêt de la

(583) Pour les situations où l'immeuble ne dépend de la masse faillie qu'en usufruit, nue-propriété ou à concurrence d'une quote-part indivise, nous renvoyons à G. DE LEVAL et Fr. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *op. cit.*, pp. 199-202. Voy. également : F. DEBUCQUOY, « Verkoop op initiatief van de curator, met de medewerking der overige (bekwame meerderjarige), mede-eigenaars, van de totaliteit van een onroerend goed onverdeeld toebehorend aan een ongetrouwde gefailleerde », note sous Comm. Tongres, 27 septembre 1999, *T. Not.*, 2002, pp. 46-53.

(584) J. DECHARNEUX et R. AYDOGDU, « Ordre et procédures collectives : un long fleuve tranquille ? », *op. cit.*, p. 102.

(585) Art. 35, al. 5, de la loi sur les faillites du 8 août 1997 (art. XX.129, al. 6, du C.D.E.).

(586) Art. 1190 du Code judiciaire.

(587) G. DE LEVAL et Fr. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *op. cit.*, pp. 203-223.

(588) *Ibid.*, p. 217.

(589) *Ibid.*, pp. 217-218.

(590) Loi modifiant le Code judiciaire en matière de certaines ventes d'immeubles du 18 février 1981, *M.B.*, 28 février 1981.

(591) L.-M. HENRION et C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 375 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *op. cit.*, p. 342 ; G. DE LEVAL et Fr. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *op. cit.*, p. 223.

masse faillie [...] ». Le contrôle a lieu à deux niveaux. D'une part, un avis préalable du juge-commissaire est exigé ; d'autre part, le tribunal doit autoriser expressément le curateur à recourir à la vente de gré à gré<sup>(592)</sup>.

## ii. *Le régime prévu à l'article 49 de la loi sur les faillites*

**117. – Article 49 de la loi sur les faillites**<sup>(593)</sup>. L'article 49 de la loi sur les faillites dispose que « Les curateurs peuvent, nonobstant tout recours contre le jugement déclaratif de faillite et sur l'autorisation du juge-commissaire, vendre immédiatement les actifs sujets à déperissement prochain, à dépréciation imminente, ou si le coût de la conservation des biens est trop élevé compte tenu des actifs de la faillite ». On distingue deux catégories de vente qui pourront être effectuées par le curateur sur autorisation du juge-commissaire : d'une part, la vente des actifs sujets à déperissement prochain ou à dépréciation imminente ; d'autre part, les biens à coût trop élevé pour être conservés. Cette deuxième catégorie fut ajoutée par la loi du 4 septembre 2002<sup>(594)</sup> en vue de consacrer l'interprétation large donnée en doctrine et jurisprudence à l'article 49<sup>(595)</sup>. On y retrouve généralement les actifs dont la conservation implique des frais exorbitants. La conservation de ces biens génère, en effet, des frais (frais de dépôt ou de location de magasins, gares, entrepôts)<sup>(596)</sup>. Il est impératif d'y mettre fin au plus tôt en procédant à la vente des biens pour lesquels ces frais sont engagés.

**118. – Application extensive justifiée par l'inadéquation de l'article 75.** De nombreuses décisions ont élargi l'application de l'article 49 aux réalisations et cessions de fonds de commerce. Nous en livrons quelques exemples. Le tribunal de commerce de Charleroi, dans son jugement du 16 juin 2000<sup>(597)</sup>, rappelle que « La doctrine et la jurisprudence admettent que cette disposition [l'article 49] puisse s'appliquer à la vente d'un fonds de commerce ainsi qu'à un immeuble qui serait étroitement lié au fonds de commerce ». La cour d'appel de Mons,

(592) J. DECHARNEUX et R. AYDOGDU, « Ordre et procédures collectives : un long fleuve tranquille ? », *op. cit.*, p. 102.

(593) Nouvel art. XX.142 du C.D.E.

(594) Loi du 4 septembre modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002.

(595) I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 489.

(596) E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, *op. cit.*, p. 83.

(597) Comm. Charleroi, 16 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 399, note A.-A. HENDERICKX.

dans son arrêt du 26 octobre 2006<sup>(598)</sup>, confirme que la notion d'objet à dépréciation imminente s'applique à un fonds de commerce et s'interprète en ce sens en doctrine et jurisprudence : « Cela semble correspondre au vœu du législateur : un fonds de commerce peut perdre en quelques heures toute sa valeur parce que la clientèle prend l'habitude de remplacer le failli par un autre commerçant non failli qui s'attache la clientèle volatile »<sup>(599)</sup>.

Le recours parfois abusif à l'article 49 démontre à suffisance l'inadéquation de l'article 75. A.-A. Henderickx avance ainsi que « le législateur a conçu l'autorisation de l'article 49 pour rencontrer des hypothèses exceptionnelles. La réalité semble démontrer que cette hypothèse d'exception devient au contraire progressivement la règle en raison de l'adaptation des contraintes et délais imposés par l'article 75 de la loi sur les faillites »<sup>(600)</sup>.

**119. – Meubles et immeubles.** On admet généralement que tant les meubles que les immeubles sont visés par la disposition en cause. Aucune distinction ne vient, en effet, restreindre le champ d'application de l'article 49.

Déjà sous l'empire de l'ancienne loi sur les faillites, bien que la doctrine majoritaire considérait que les biens immeubles n'étaient pas visés par la disposition, le tribunal de commerce de Bruxelles<sup>(601)</sup> estimait que l'article [477] trouvait à s'appliquer pour la vente d'un immeuble frappé de dépréciation imminente. Le tribunal de commerce de Charleroi<sup>(602)</sup> émit toutefois quelques réserves quant aux formalités à respecter. *Quid* en effet de l'application des articles 1190 et 1193ter du Code judiciaire et de l'autorisation du tribunal ? La motivation du jugement rendu par le tribunal le 16 juin 2000 témoigne d'une certaine perplexité : le tribunal décide qu'est recevable « la citation de la curatelle visant à se voir *autoriser par le tribunal* »<sup>(603)</sup>, après débat contradictoire et public, à réaliser les actifs avant la clôture du procès-verbal de vérification des créances »<sup>(604)</sup>.

(598) Mons, 26 octobre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 350.

(599) *Ibid.*, p. 353.

(600) A.-A. HENDERICKX, « Du bon usage de l'article 49 de la loi sur les faillites », note sous Comm. Charleroi, 16 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 402.

(601) Comm. Bruxelles, 16 septembre 1977, *J.C.B.*, 1978, pp. 99 et s., obs.

(602) Comm. Charleroi, 16 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 399, note A.-A. HENDERICKX.

(603) Nous mettons en italique.

(604) Comm. Charleroi, 16 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 399, note A.-A. HENDERICKX.

G. de Leval et F. Herinckx<sup>(605)</sup> avancent qu'« à défaut de respecter les formalités habilitantes requises par l'article 1190 (vente publique) ou l'article 1193<sup>ter</sup> (vente de gré à gré) du Code judiciaire, une telle vente, pour être purgeante, devrait être acceptée par les créanciers inscrits avec engagement exprès de ceux-ci d'accepter le prix pour le règlement de leurs droits [...] ».

### iii. *L'hypothèse visée à l'article 75, § 4, de la loi sur les faillites*

**120. – Prescrit de l'article 75, § 4, de la loi sur les faillites**<sup>(606)</sup>. Aux termes de l'article 75, § 4, de la loi sur les faillites, il est prévu qu'« à la demande des curateurs, le tribunal peut dans le cadre de la liquidation de la faillite homologuer le transfert d'une entreprise en activité selon des modalités conventionnelles dont l'exécution peut être poursuivie par les curateurs ou après la clôture de la faillite, par tout intéressé ». La mesure répond à plusieurs objectifs : la poursuite de l'exécution des engagements contractuels au-delà de la faillite et la mise en place d'un contrôle du tribunal notamment sur le choix du repreneur<sup>(607)</sup>. Le tribunal peut seulement homologuer le transfert, il ne peut modifier les conditions stipulées par les parties<sup>(608)</sup>. Le critère retenu est celui de l'« intérêt des créanciers de voir l'activité transférée »<sup>(609)</sup>. Comme le précise W. Derijcke, « S'agissant d'une cession sous autorité de justice, l'acquéreur recevra un actif en principe dégrevé de toute sûreté par l'effet purgeant de la réalisation dans le cadre de la saisie collective que constitue la faillite »<sup>(610)</sup>.

**121. – Cession conventionnelle d'une entreprise en activité.** La portée de l'article 75, § 4 n'est guère facile à cerner.

D'une part, la notion de « transfert d'une entreprise en activité » s'ajoute, sans toutefois pouvoir y être assimilée, à la panoplie de notions déjà abordées dans le cadre de la présente contribution. Elle est interprétée par les auteurs comme « l'ensemble des actifs de l'entreprise ainsi que [...] tout ou partie de son passif selon que le repreneur

(605) G. DE LEVAL et Fr. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *op. cit.*, p. 187.

(606) Nouvel art. XX.166, § 3, du C.D.E.

(607) A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, *op. cit.*, p. 641.

(608) J.-P. BLUMBERG, « Overdracht van onderneming in het kader van insolventieprocedures », in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS et M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars : actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 165.

(609) Th. BOSLY et J. SIAENS, « Cession du fonds de commerce et cristallisation des droits des créanciers », *op. cit.*, p. 145.

(610) W. DERIJCKE, « Analyse comparée de la cession d'une entreprise dans le cadre des procédures de faillite et de liquidation », *op. cit.*, p. 96.

le souhaite ou non »<sup>(611)</sup>. Cet article trouverait à s'appliquer quand bien même le repreneur déciderait de ne pas reprendre la totalité des actifs<sup>(612)</sup>. De l'avis majoritaire de la doctrine, le transfert de l'intégralité du patrimoine n'est pas requis tandis que le repreneur n'est libre de ne poursuivre qu'une partie des activités<sup>(613)</sup>. De plus, il n'est pas nécessairement exigé que les activités aient été continuées après la déclaration de faillite<sup>(614)</sup>. Les rapprochements qui existent entre les procédures de cession en *going concern* et en bloc organisées par la loi sur les faillites et celle relative au concordat judiciaire sont mis en évidence par W. Derijcke à partir de l'étude de la genèse de l'article 75, § 4<sup>(615)</sup>. L'article 75, § 4, de la loi sur les faillites ne serait finalement que le pendant de l'article 41 de l'ancienne loi du 17 juillet 1997 relative au concordat qui règle le transfert de l'entreprise (remplacée par la LCE).

D'autre part, on peut également s'interroger sur la forme et les modalités du transfert. Celui-ci est envisagé par l'article 75, § 4, comme une cession conventionnelle initiée et « pilotée »<sup>(616)</sup> par le curateur. Nous verrons *infra*, n<sup>os</sup> 122 et s. si cet article autorise les transmissions d'universalité.

On peut encore y ajouter l'absence d'articulation de ce régime avec les autres régimes de la loi sur les faillites et du Code judiciaire. Ainsi, par exemple, la cession qui comporte un bien immobilier sera-t-elle soumise au respect de l'article 1193ter du Code judiciaire<sup>(617)</sup> ? Toujours est-il qu'elle devra, à tout le moins, être homologuée par le tribunal conformément à l'article 75, § 4.

(611) Th. BOSLY et J. SIAENS, « Cession du fonds de commerce et cristallisation des droits des créanciers », *op. cit.*, pp. 144-145 ; W. DERIJCKE, « Pour une faillite de combat : relecture de la loi sur les faillites à la lumière de l'histoire ancienne et de la jurisprudence récente », in *Insolvabilité et garantie*, coll. CUP, vol. 153, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 185.

(612) W. DERIJCKE, *ibid.*, p. 185.

(613) J.-P. BLUMBERG, « Overdracht van onderneming in het kader van insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 165.

(614) A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, *op. cit.*, p. 641 ; J.-P. BLUMBERG, *ibid.*, p. 165.

(615) Voy., sur cet article 75, § 4, et sa genèse, W. DERIJCKE, « Pour une faillite de combat : relecture de la loi sur les faillites à la lumière de l'histoire ancienne et de la jurisprudence récente », *op. cit.*, pp. 180-186.

(616) W. DERIJCKE, *ibid.*, p. 185.

(617) Voy., en faveur du respect de l'article 1193ter, A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, *op. cit.*, p. 641 ; Th. BOSLY et J. SIAENS, « Cession du fonds de commerce et cristallisation des droits des créanciers », *op. cit.*, p. 143. Voy., en faveur d'un mode *sui generis* de cession, W. DERIJCKE, « Pour une faillite de combat : relecture de la loi sur les faillites à la lumière de l'histoire ancienne et de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 185. Pour cet auteur, l'homologation à laquelle est soumis le transfert est suffisante.

c) *Les transmissions d'universalité en droit de la faillite*

**122. – Liquidation, cession en *going concern* et transmission d'universalité.** La loi sur les faillites permet-elle les transmissions d'universalité ?

D'emblée, on peut affirmer que la mission de liquidation du curateur est parfaitement conciliable avec le maintien d'une entreprise en activité<sup>(618)</sup> et son transfert en *going concern*. Les articles 46<sup>(619)</sup> et 47<sup>(620)</sup> de la loi sur les faillites qui organisent, pour le premier, le principe de la poursuite des contrats en cours et, pour le second, la possibilité pour le curateur de poursuivre temporairement les activités du failli en sont la

(618) I. VEROUGSTRAETE, « Het waterdicht beschot », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 396 et s. ; C. VAN BUGGENHOUT, « Herstructureren binnen het kader van onsolventieprocedures : een onderzoek vanuit de praktijk », in K. BYTTEBIER et T. WERA (éd.), *Actuele evoluties inzake overnames en herstructureren*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 272.

(619) « § 1<sup>er</sup>. Dès leur entrée en fonction, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai ; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite.

§ 2. Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de travail existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats.

Toutefois, si les curateurs, en vue de la poursuite totale ou partielle ou de la reprise des activités, concluent de nouveaux contrats de travail avec des contractants visés à l'alinéa précédent, ces derniers bénéficient des formalités et procédures applicables aux contrats résiliés pendant le temps de la poursuite des activités.

Après la déclaration de faillite et avant la clôture de la liquidation de celle-ci, les curateurs ont la faculté d'octroyer aux travailleurs licenciés, avec l'autorisation du juge-commissaire, une avance équivalente aux rémunérations et indemnités dues, et plafonnée à 80 % du montant visé à l'article 19, 3<sup>bis</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 ».

(620) « Si l'intérêt des créanciers le permet, le tribunal, statuant à la demande des curateurs ou de tout intéressé, sur le rapport du juge-commissaire, et après avoir entendu les curateurs et les représentants du personnel au sein du Conseil d'entreprise ou, à défaut, du Comité pour la prévention et la protection au travail ou, à défaut, la délégation syndicale si celle-ci a été constituée ou, à défaut, une délégation du personnel, peut autoriser que les opérations commerciales du failli soient provisoirement, en tout ou en partie, continuées par les curateurs ou sous la surveillance des curateurs par le failli ou par un tiers. À la requête des curateurs ou de tout intéressé et sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal peut à tout moment modifier ou révoquer cette mesure.

Les curateurs peuvent immédiatement après le jugement de faillite et après s'être concertés avec les syndicats représentatifs ou, à défaut, avec le personnel présent, dans l'intérêt de la masse et en attendant la décision du tribunal prise en application de l'alinéa premier, autoriser la poursuite des opérations commerciales ».



preuve tangible<sup>(621)</sup>. Le maintien des activités de l'entreprise est prévu et facilité par le législateur.

La convention collective de travail n° 32bis ne vient pas davantage obérer les chances de poursuite des activités sur le plan social<sup>(622)</sup>. Le chapitre 3 de la CCT consacré aux « droits des travailleurs repris en cas de reprise d'actif après faillite » prévoit un régime assez souple pour le repreneur<sup>(623)</sup> <sup>(624)</sup>. On évite de la sorte que les activités transmises ne soient grevées d'un passif social exorbitant.

Il reste toutefois encore à déterminer les dispositions légales sur base desquelles une transmission d'universalité pourrait être opérée. Nous étudierons successivement l'article 75, § 4, de la loi sur les faillites, les articles 681 et 770 du Code des sociétés ainsi que les dispositions de droit commun.

#### i. L'article 75, § 4, de la loi sur les faillites

**123. – Cession visée à l'article 75, § 4.** L'article 75, § 4, règle le transfert d'entreprise en activité. En cas de cession d'une entreprise en *going concern* dans le cadre d'une faillite, il appartient au tribunal d'homologuer la cession selon des modalités conventionnelles dont l'exécution peut être poursuivie par les curateurs ou, après la clôture de la faillite, par tout tiers intéressé. Le critère d'appréciation doit rester, dans le chef du tribunal, l'intérêt des créanciers<sup>(625)</sup>.

(621) I. VEROGSTRAETE, « Het waterdicht beschoot », *op. cit.*, p. 396 ; W. DERIJCKE, « Pour une faillite de combat : relecture de la loi sur les faillites à la lumière de l'histoire ancienne et de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 184. Ce dernier auteur y voit les instruments qui rendent possible la cession de l'entreprise.

(622) Voy., pour une analyse complète, Th. CAVENAILE et Fr. LIGOT, « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté », *op. cit.*, pp. 254 et s. ; Th. BOSLY et J. SIAENS, « Cession du fonds de commerce et cristallisation des droits des créanciers », *op. cit.*, pp. 146 et s.

(623) Le champ d'application de la CCT est, par ailleurs, limité. Un double délai de six mois est prévu à l'article 11. D'un côté, la convention ne vise que la « reprise de travailleurs consécutive à la reprise de tout ou partie de l'actif d'une entreprise en faillite à condition que la reprise intervienne dans un délai de six mois à partir de la date de la faillite ». De l'autre, « il s'applique en cas de reprise de ces travailleurs soit au moment de la reprise de l'actif, soit dans un délai supplémentaire de six mois suivant celle-ci ».

(624) La convention collective ne s'applique qu'en cas de reprise totale ou partielle de l'actif. La partie de l'actif repris doit être significative. Le repreneur n'est pas tenu de reprendre les travailleurs. Conformément à l'article 12, il sera parfaitement libre de choisir les travailleurs qu'il souhaite conserver. Les droits des travailleurs sont réglés aux articles 13 à 15. Le législateur prévoit le maintien des conditions collectives de travail sous réserve de certaines dérogations. À l'inverse, les conditions individuelles pourront être librement négociées sous réserve du maintien de l'ancienneté (Th. CAVENAILE et Fr. LIGOT, « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté », *op. cit.*, pp. 254 et s.).

(625) Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *op. cit.*, p. 345 ; I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 690.

**124. – Quid d'une transmission d'universalité ?** Tout récemment, W. Derijcke a rompu une lance en faveur de l'utilisation de l'article 75, § 4, de la loi sur les faillites. L'auteur préconise son application en vue du transfert d'une entreprise sous autorité de justice en cas de faillite<sup>(626)</sup>.

Peut-on toutefois l'envisager comme moyen de transmission d'universalité au sens strict ? Nous ne le pensons pas.

Bien que la doctrine s'accorde sur la possibilité, dans le cadre de l'article 75, § 4, de céder au repreneur avec son accord certaines dettes, d'autres obstacles se dressent à l'encontre de la reconnaissance d'une véritable transmission d'universalité. Tout d'abord, une majorité d'auteurs estime que l'article 75, § 4 ne déroge pas à l'article 1193ter du Code civil<sup>(627)</sup>. Les formalités d'opposabilité propres à chaque actif doivent par ailleurs être respectées. Ensuite, les cessions de dettes (et *a fortiori* de contrat) requièrent toujours l'accord du cocontractant cédé<sup>(628)</sup>.

On ne peut donc parler de véritable « cession globale » ou encore de « transmission d'universalité » en matière de faillite. Il faut toutefois se garder d'émettre un jugement trop hâtif sur l'indigence de la loi. Il convient de mettre en balance l'absence de régime de transmission d'universalité avec le fait que la reprise d'un ensemble d'éléments d'actif et de passif du patrimoine n'est généralement pas souhaitée par les repreneurs en cas de faillite.

## ii. Les articles 681 et 770 du Code des sociétés

**125. – Application du régime du droit des sociétés ?** L'article 681 du Code des sociétés dispose :

« La fusion ou la scission peut également avoir lieu lorsqu'une ou plusieurs des sociétés dont le patrimoine sera transféré sont en liquidation ou en faillite pourvu qu'elles n'aient pas encore commencé la répartition de leurs actifs entre leurs associés.

(626) W. DERIJCKE, « Pour une faillite de combat : relecture de la loi sur les faillites à la lumière de l'histoire ancienne et de la jurisprudence récente », *op. cit.*, pp. 180-186 ; W. DERIJCKE, « Analyse comparée de la cession d'une entreprise dans le cadre des procédures de faillite et de liquidation », *op. cit.*, pp. 96 et s.

(627) Voy., en faveur du respect de l'article 1193ter, A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, *op. cit.*, p. 641 ; Th. BOSLY et J. SIAENS, « Cession du fonds de commerce et cristallisation des droits des créanciers », *op. cit.*, p. 143. Voy. en faveur d'un mode *sui generis* de cession, W. DERIJCKE, « Pour une faillite de combat : relecture de la loi sur les faillites à la lumière de l'histoire ancienne et de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 185. Pour cet auteur, l'homologation à laquelle est soumis le transfert est suffisante.

(628) Voy. toutefois la controverse suscitée par l'arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2003, *supra*, n° 14.

Dans ce cas, toutes les missions qui, en vertu du présent titre, incombent à l'organe de gestion de la société en liquidation ou en faillite sont remplies par les liquidateurs ou par les curateurs ».

Une société en faillite peut, dès lors, très bien recourir à la procédure de fusion. Toutes les tâches qui incombent à l'organe de gestion dans le cadre de la procédure prévue dans le Code devront être remplies par le curateur<sup>(629)</sup>. C'est l'assemblée générale de la société en faillite qui prendra la décision de fusionner<sup>(630)</sup>. La société faillie ne pourra participer à la fusion ou à la scission qu'en tant que société absorbée (fusion par absorption), société apporteuse (fusion par constitution d'une société nouvelle), ou société scindée<sup>(631)</sup>. On peut toutefois s'interroger sur les circonstances qui justifieraient le recours à un tel procédé. La doctrine n'est guère prolixe<sup>(632)</sup>. En réalité, l'actif net de ces sociétés étant la plupart du temps négatif, il n'est pas fait appel à ce type de procédé.

Le recours à la procédure des articles 760 et s. du Code des sociétés fait également partie des options offertes au curateur. La cession d'une branche d'activité ou d'une universalité reste toutefois peu attractive pour les repreneurs vu la rigidité des principes qui délimitent les notions de « branche d'activité » et d'« universalité ». Les parties ne disposent guère d'une grande flexibilité, pourtant indispensable en pratique.

Il ne reste dès lors pas grand-chose des cessions globales ou cessions d'universalité<sup>(633)</sup>.

**126. – Retour au droit commun et à la cession de fonds de commerce.** La volonté pour le repreneur de pouvoir sélectionner les actifs, passifs et contrats visés par la cession conduit à appréhender cette dernière selon les règles du droit commun. Chaque élément qui est transmis ne perd pas son individualité et est soumis aux règles qui régissent les cessions de créances, les cessions de dettes et les cessions de contrats (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 10 et s.).

(629) J.-P. BLUMBERG, « Overdracht van onderneming in het kader van insolventieprocedures », *op. cit.*, p. 188.

(630) *Ibid.*, p. 188.

(631) *Ibid.*, p. 188.

(632) C. VAN BUGGENHOUT, « Overname van ondernemingen in moeilijkheden of in faillissement », in *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Kalmthout, Biblo, 1994, p. 210, cité par J.-P. BLUMBERG, *ibid.*, p. 188.

(633) J.-P. BLUMBERG, *ibid.*, p. 189.

La voie de la cession du fonds de commerce<sup>(634)</sup> sera souvent privilégiée par les parties. Les formalités applicables seront identiques à celles des transmissions *ut singuli* sous réserve des hypothèses où le fonds de commerce constitue une « branche d'activité » ou « une entreprise en activité ». La consistance du fonds de commerce reste, en effet, à géométrie variable (voy. *infra*, n° 133)<sup>(635)</sup>.

## 2. La réforme du droit de l'insolvabilité<sup>(636)</sup>

**127. – Modifications relatives à la réalisation des biens du failli.** On perçoit dans la réforme plusieurs changements relatifs à la réalisation des biens du failli. De la suspension des saisies<sup>(637)</sup> à la vente publique dématérialisée<sup>(638)</sup> en passant par la refonte du mécanisme de la purge<sup>(639)</sup>, les modifications demeurent cependant mineures.

L'article 100 de la loi sur les faillites est remplacé et modifié par l'article XX.193 du Code de droit économique<sup>(640)</sup>. Un toilettage des

(634) Th. BOSLY et J. SIAENS, « Cession du fonds de commerce et cristallisation des droits des créanciers », *op. cit.*, p. 141. Voy. aussi, sur d'autres scénarios et potentialités envisageables en matière de fonds de commerce, I. VEROUGSTRAETE, « Het waterdicht beschot », *op. cit.*, p. 400.

(635) P.-A. FORIERS, « Aspects de droit privé de la cession du fonds de commerce. Le contrat de cession de fonds de commerce en droit commun », *op. cit.*, p. 131 ; R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 16.

(636) Voy., pour une rapide contextualisation de cette réforme, *supra*, n° 101.

(637) Voy. l'art. XX.120 du C.D.E. Voy., sur ces modifications et la liste reproduite dans le corps du texte, Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 84 et 85.

(638) Le Code judiciaire est également modifié en vue de permettre l'organisation de vente publique dématérialisée sur internet et l'atteinte d'un grand public cible de candidats-acheteurs (Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 19). Voy. par exemple les art. 1186, 1187, 1190, 1193, 1224... du Code judiciaire. Voy., pour davantage d'explications, Projet de loi précité, n° 54-2407/001, pp. 108 et s.

(639) L'article 1326 du Code judiciaire est révisé et consacre le principe de la délégation de prix au profit des créanciers. D'autres articles du Code judiciaire sont également adaptés afin de calquer les dispositions organisant la procédure de vente (art. 1186 à 1193ter) sur l'article 1326 nouveau (Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 19).

(640) La procédure de l'article 100 de la loi de 1997 est uniformisée. Un traitement spécifique reste toutefois d'application pour le créancier hypothécaire premier inscrit. L'alinéa 3 de l'actuel article 100 de la loi sur les faillites est étendu à tous les immeubles en indivision et à toutes les procédures d'insolvabilité (Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 100-101).

articles 1190 et 1193<sup>ter</sup><sup>(641)</sup> est également opéré. Il est dicté par la volonté de fournir un cadre légal aux ventes dématérialisées et des considérations liées à la purge.

Ces modifications n'ont toutefois pas d'impact sur le régime des transmissions proprement dit.

**128. – Statu quo en matière de transmission d'universalité.** La réforme du droit de l'insolvabilité<sup>(642)</sup> maintient, en effet, intactes les dispositions relatives aux cessions. Le législateur ne dit mot de la transmission des contrats en matière de faillite. Seule la numérotation est modifiée. Les principes en vigueur sous l'empire de la loi du 8 août 1997 restent donc parfaitement applicables.

**129. – Différence marquée et critiquable entre les procédures d'insolvabilité.** La différence de traitement qui existe, dans le cadre du livre XX du C.D.E., entre la procédure de réorganisation judiciaire et la procédure de faillite ne manque pas d'étonner.

Alors que le souhait du législateur était d'harmoniser les règles applicables en matière de transfert sous autorité de justice et celles de la faillite<sup>(643)</sup>, cette distorsion dérange. Le législateur entendait expressément que le choix du débiteur pour l'un ou pour l'autre régime ne soit pas « influencé par un régime d'effacement différent »<sup>(644)</sup>. Or, il réintroduit ce shopping juridique sous une autre forme.

Cette différence de traitement remontera vraisemblablement jusqu'à la Cour constitutionnelle.

(641) Voy., sur les modifications, F. GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, pp. 212-219.

(642) Voy., sur les modifications apportées à la loi sur les faillites, F. GEORGE, *ibid.*, pp. 153-239.

(643) Voy. par exemple le régime de l'effacement (art. XX.173 du C.D.E. pour la faillite et art. XX.96 du C.D.E. pour le transfert) de la décharge des sûretés personnelles à titre gratuit (art. XX.96, § 4 (et XX.54, § 3) du C.D.E. pour le transfert sous autorité de justice et art. XX.176 du C.D.E. pour la faillite).

(644) Voy. amendement n° 133, Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 66. Voy. également le Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens, Projet de loi précité, n° 54-2407/008, p. 21.

#### IV. – LA CESSION D'UN FONDS DE COMMERCE<sup>(645)</sup>

**130. – Notion de fonds de commerce.** À défaut de définition légale<sup>(646)</sup>, la définition du fonds de commerce est généralement empruntée à J. Van Ryn et J. Heenen qui le présentent comme « un ensemble de biens corporels et incorporels, unis par une destination commune : l'exploitation d'un commerce déterminé »<sup>(647)</sup>. Cet ensemble est doué d'une existence distincte des éléments qui la constituent<sup>(648)</sup>, mais ne forme pas, pour le propriétaire des éléments composant le fonds, un patrimoine distinct<sup>(649)</sup>. Le fonds de commerce est considéré comme une universalité de fait<sup>(650)</sup> à savoir un ensemble de biens appréhendés comme un tout<sup>(651)</sup> et répond à la qualification de meuble incorporel<sup>(652)</sup>. Il ne peut être qualifié d'universalité de droit à défaut

(645) L'hypothèse d'une cession des actions de la société propriétaire d'un fonds de commerce n'est pas abordée ici. Pour une comparaison des régimes, R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, pp. 37 et s. ; D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », in C. DELFORGE, P.-A. FORIERS, Fr. GLANSORFF et J. STUYCK (éd.), *Vente. Commentaire pratique*, Anvers, Kluwer, 2007, pp. 159 et s.

(646) L'article 2 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, l'es-compte et le gage de la facture, ainsi que l'agrément et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation (*M.B.*, 5 novembre 1919) énonçait uniquement à titre non exhaustif les éléments qui composaient le gage sur fonds de commerce sans définir la notion. Aux termes de cet article, « le gage comprend l'ensemble des valeurs qui composent le fonds de commerce et notamment la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier de magasin et l'outillage, le tout sauf stipulation contraire.

Il peut comprendre les marchandises en stock à concurrence de 50 p.c. de leur valeur ».

Cet article a toutefois été abrogé dans le cadre de la réforme des sûretés réelles mobilières (loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013).

(647) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 394, n° 432.

(648) D. WILLERMAIN, « La cession d'un patrimoine professionnel à titre onéreux : aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 28.

(649) Voy. D. MATRAY, « La protection des tiers », *op. cit.*, p. 159. Voy. également, R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenverpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 899 ; R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 19.

(650) P.-A. FORIERS, « Aspects de droit privé de la cession du fonds de commerce. Le contrat de cession de fonds de commerce en droit commun », *op. cit.*, p. 129 ; D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 63 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 15 ; D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 12. Voy. aussi Cass., 9 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 263, n° 138.

(651) D. WILLERMAIN, « La cession d'un patrimoine professionnel à titre onéreux : aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 28.

(652) C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 16.

d'être composé d'éléments d'actifs et de passifs propres corrélés entre eux<sup>(653)</sup>.

**131. – Aperçu des différentes formes de cessions d'un fonds de commerce.** La cession du fonds de commerce n'est pas réglementée en droit belge si ce n'est sous l'angle purement fiscal<sup>(654)</sup>. Elle peut donc revêtir plusieurs formes et mobiliser plusieurs instruments juridiques<sup>(655)</sup>. Le fonds de commerce peut tout d'abord faire l'objet d'une vente au sens du Code civil (ou d'un apport en nature « ordinaire »<sup>(656)</sup>) (A). S'il répond à la définition de branche d'activité, le fonds de commerce peut également être soumis aux procédures d'apport et de cession inscrites dans le Code des sociétés<sup>(657)</sup>. Si l'on reste dans les techniques développées en droit des sociétés, la transmission du fonds de commerce dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'un apport d'universalité est envisageable également<sup>(658)</sup> (B). Enfin, la cession du fonds de commerce peut également intervenir dans le cadre d'une procédure collective (C).

#### A. – Cession du fonds de commerce en droit commun

**132. – Présentation.** La cession du fonds de commerce est, en principe, envisagée à l'aune des concepts traditionnels du droit commun de la vente<sup>(659)</sup>. La cession est alors soumise aux articles 1582 et s. du Code civil. L'objet de la vente, le transfert des risques, l'opposabilité aux tiers et les obligations de garanties du vendeur sont réglés par le droit commun<sup>(660) (661)</sup>.

(653) D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 199 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, *ibid.*, p. 15.

(654) Art. 442bis du CIR 92 et article 11 du Code de la TVA.

(655) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, pp. 63 et s.

(656) On applique les règles de la vente, sauf exceptions justifiées par les particularités de l'apport. L'article 444 du Code des sociétés aura également vocation à s'appliquer (voy., sur les règles applicables, R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 44 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 27).

(657) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 89.

(658) Voy. D. WILLERMAIN, *ibid.*, p. 89.

(659) D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 197.

(660) Voy., pour l'application de ces règles au fonds de commerce, P.-A. FORIERS, « Aspects de droit privé de la cession du fonds de commerce. Le contrat de cession de fonds de commerce en droit commun », *op. cit.*, pp. 133 et s. ; D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, pp. 203 et s. ; D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, pp. 19 et s.

(661) Voy., sur la différence entre cession d'actifs et cession de fonds de commerce, R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, pp. 29 et s.



À défaut de régime de transmission automatique de l'ensemble des éléments du fonds de commerce<sup>(662)</sup>, il convient d'avoir égard pour chacun des éléments composant le fonds de commerce aux conditions de validité et d'opposabilité prévues en droit commun<sup>(663)</sup>. On assiste donc à une « juxtaposition » de régimes juridiques applicables aux biens qui le composent<sup>(664)</sup>.

**133. – Composition du fonds de commerce.** La nature du fonds de commerce et sa consistance s'accommodent parfois difficilement aux principes définis par le législateur<sup>(665)</sup> <sup>(666)</sup>.

Tout d'abord, déterminer les éléments inclus dans la vente peut se révéler fort complexe. Il s'agit généralement d'une question de fait<sup>(667)</sup> qui ne répond à « aucune règle invariable établie »<sup>(668)</sup>. Il faut en plus composer avec la grande liberté<sup>(669)</sup> dont disposent les parties dans la composition du fonds. On considère toutefois qu'en principe et sous réserve de clause contraire, les dettes et créances ne font pas partie du fonds de commerce<sup>(670)</sup>, sauf si elles se rapportent aux

(662) S. BEYAERT, « Overdracht van contracten », *op. cit.*, p. 666 ; R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, *ibid.*, p. 29.

(663) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 76 ; D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 200 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 22. Les créances et dettes ne sont en effet pas génératrices de clientèle (C. ALTER et L. VAN MUYLEM, *ibid.*, p. 12).

(664) D. MATRAY, « La protection des tiers », *op. cit.*, p. 159.

(665) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 67.

(666) On relève encore, à titre d'exemple, la métamorphose qu'a subie l'obligation de garantie du fait personnel en matière de fonds de commerce. Une obligation de non-concurrence est en effet, dégagée des articles 1626 et s. du Code lorsque la vente porte sur un fonds de commerce. Sur le plan de la garantie des vices cachés, on peut se demander si la garantie porte cumulativement sur le fonds de commerce, mais également sur les éléments qui le composent ? Certains auteurs préconisent de restreindre la garantie aux éléments de nature à permettre le maintien ou le développement de la clientèle (D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 82 ; D. WILLERMAIN, « La cession d'un patrimoine professionnel à titre onéreux : aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 43).

(667) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 68 ; D. WILLERMAIN, « La cession d'un patrimoine professionnel à titre onéreux : aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 31.

(668) P.-A. FORIERS, « Aspects de droit privé de la cession du fonds de commerce. Le contrat de cession de fonds de commerce en droit commun », *op. cit.*, p. 132.

(669) D.-E. Philippe qualifie l'autonomie des volontés de « souveraine », mais pas d'« absolue » (« La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, pp. 159 et s.). Voy. D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 11.

(670) I. LEBBE, « Techniques sociétaires de l'apport d'un fonds de commerce en société : l'apport de branche d'activité en particulier », *op. cit.*, p. 420 ; D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 68 ; D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 11. Voy., au sujet de l'incidence de la réforme des sûretés réelles mobilières sur le fonds de commerce, le gage sur fonds de commerce et l'assiette de celui-ci, V. NICAISE, « Rappels des

contrats en cours. À l'inverse, on peut également s'interroger sur les conséquences d'une exclusion conventionnelle par les parties d'un élément *a priori* essentiel au maintien de la clientèle. La vente n'est alors pas nulle<sup>(671)</sup>, mais elle porte sur des biens déterminés plutôt que sur une universalité de fait<sup>(672)</sup>. Les écueils liés à la consistance du fonds de commerce plaident évidemment en faveur de l'insertion de clauses spécifiques et détaillées comportant, par exemple, une énumération des éléments qui constituent ou sont exclus du fonds<sup>(673)</sup>. La nature de la clientèle, élément du fonds ou finalité (résultat), a également fait débat<sup>(674) (675)</sup>.

**134. – Cession des contrats.** Pour déterminer si des contrats en cours font partie du fonds de commerce, il convient d'en revenir à la volonté des parties<sup>(676)</sup>. Il n'existe pas « d'inventaire par défaut » des éléments constitutifs<sup>(677)</sup> de sorte que le périmètre de la cession est abandonné, en pratique, aux parties.

Le sort des contrats en cours appelle, dès lors, une réponse nuancée.

---

principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016 », in I. DURANT (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, coll. CUP, vol. 176, Liège, Anthemis, 2017, pp. 24-27.

(671) Voy. aussi D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 202 ; D. WILLERMAIN, « La cession d'un patrimoine professionnel à titre onéreux : aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 33 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 13 ; D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 14. Voy., en jurisprudence, Comm. Charleroi, 3 juin 1992, *J.L.M.B.*, p. 717 (vente des éléments séparés) ; Liège, 5 février 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 433 (vente sans effet).

(672) Voy., sur les implications d'un tel changement en droit civil, mais également en droit fiscal, D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 69 ; D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 202.

(673) D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 203.

(674) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 68 ; D. WILLERMAIN, « La cession d'un patrimoine professionnel à titre onéreux : aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 29.

(675) En faveur de la seconde solution, P.-A. FORIERS, « Aspects de droit privé de la cession du fonds de commerce. Le contrat de cession de fonds de commerce en droit commun », *op. cit.*, p. 130 ; R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 15. Voy., *contra*, C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 15. Ces auteurs considèrent que la clientèle est à la fois la condition d'existence et la résultante d'un fonds de commerce.

(676) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 102.

(677) D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 14.

On peut d'emblée reconnaître que nombre de contrats sont souvent essentiels à l'exploitation du fonds<sup>(678)</sup>. Pour autant qu'ils revêtent cette dernière caractéristique, ils sont dès lors compris dans le fonds<sup>(679)</sup>.

Il faut toutefois se garder de considérer tous les contrats en cours comme essentiels<sup>(680)</sup>. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>(681)</sup>, ces contrats ne font pas nécessairement partie du fonds de commerce. Une analyse *in concreto* s'impose<sup>(682)</sup>. Par ailleurs, on enseigne que les contrats conclus *intuitu personae* ne peuvent être cédés<sup>(683)</sup>.

Les parties seront, dès lors, bien inspirées de préciser dans leur convention de cession les contrats qui en font l'objet et de solliciter l'accord du cocontractant cédé.

On notera également que le sort du contrat de bail commercial en cas de cession du fonds de commerce est réglé à l'article 10 de la loi du 30 avril 1951<sup>(684)</sup>. Nous renvoyons sur ce point à la contribution de P. Bazier et G. Fiévet<sup>(685)</sup>.

**135. – Cession des dettes et créances issues de contrats en cours.** En principe, le cessionnaire ne sera pas tenu des dettes antérieures à la cession<sup>(686)</sup>. Bien que la cession du fonds de commerce porte, en principe, uniquement sur des actifs, il n'est toutefois pas exclu que certaines dettes soient néanmoins incluses. Tel est notamment le cas lorsque la cession implique une cession de contrats en cours. Cette cession reste cependant tributaire de l'accord du créancier cédé<sup>(687)</sup>, sauf à considérer que le consentement n'est requis que pour obtenir la

(678) C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 13 ; D. GOL, *ibid.*, p. 16.

(679) D. GOL, *ibid.*, p. 16.

(680) R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 18.

(681) Cass., 6 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 184, n° 68 : « Attendu que ne sont pas compris nécessairement dans le fonds de commerce les contrats en cours auxquels est partie le propriétaire de celui-ci. »

(682) D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 16.

(683) I. LEBBE, « Techniques sociétaires de l'apport d'un fonds de commerce en société : l'apport de branche d'activité en particulier », *op. cit.*, p. 420 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 13.

(684) Loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, insérant la section 2bis du Chapitre II du Titre VIII du Livre III du Code civil, *M.B.*, 10 mai 1951.

(685) Voy. P. BAZIER et G. FIEVET, « Les régimes particuliers de cession de contrat en droit belge », cet ouvrage, pp. 1077 et s..

(686) D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 17.

(687) Voy. en outre l'obstacle dressé par l'arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2003 qui exige, pour la cession de dettes, le recours à la novation (*Pas.*, 2003, p. 1487).

décharge du cédant<sup>(688)</sup>. Le même raisonnement s'applique à la cession de créances à l'exception du fait que l'accord du cocontractant cédé n'est, dans cette hypothèse, pas requis (voy. sur la théorie du dépeçage du contrat, *supra*, n° 14).

**136. – Inadéquation à la pratique des affaires.** Les constats opérés par P. Van Ommeslaghe il y a plusieurs décennies sont toujours d'actualité. L'auteur relevait qu'en pratique, « En ce qui concerne la cession des dettes ou l'aspect passif de la cession des contrats synallagmatiques, des communications sont faites aux créanciers et l'on admet leur consentement tacite à la cession si, ayant reçu ces communications, ou ayant pu prendre connaissance des publications officielles relatives à la cession, ils poursuivent l'exécution de la relation contractuelle sans réserve avec le cessionnaire »<sup>(689)</sup>. Au demeurant, il convient, d'une part, de surmonter l'obstacle créé par l'arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2003<sup>(690)</sup> et, d'autre part, de trancher la portée exacte du comportement du créancier. Ce dernier entend-il marquer son accord sur la cession, mais aussi sur la décharge du cédant ? Les propos de P. Van Ommeslaghe résonnent toujours avec la même pertinence.

#### B. – *Cession du fonds de commerce et règles du droit des sociétés*

**137. – Présentation.** La cession du fonds de commerce peut-elle également s'envisager sous le couvert des règles du droit des sociétés ? La doctrine y répond par l'affirmative pour autant que le fonds de commerce réponde à la notion de branche d'activité. Le recours à ces techniques comporte son lot d'avantages, mais également d'inconvénients.

**138. – Fonds de commerce vs branche d'activité.** Les notions de fonds de commerce et de branche d'activité se recoupent, mais ne se superposent pas de manière parfaite<sup>(691)</sup>. Tandis que la première est axée sur le maintien de la clientèle, la seconde s'oriente davantage vers

(688) Voy. en ce sens D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 103.

(689) P. VAN OMMEFLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », *op. cit.*, pp. 190-191.

(690) Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1487. Selon cet arrêt, la cession de dette implique le recours à la novation.

(691) D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 15.

la capacité de production<sup>(692) (693)</sup>. Même si elles supposent toutes deux « un ensemble de moyens affectés à une activité déterminée »<sup>(694)</sup>, la notion de fonds de commerce est plus restreinte que celle de branche d'activité<sup>(695)</sup>. La branche d'activité comporte généralement, outre les éléments qui font partie du fonds de commerce (clientèle, nom commercial, droit au bail...) <sup>(696)</sup>, le matériel, les stocks, les dettes et créances issues de l'activité, les éventuels immeubles<sup>(697) (698)</sup>... Dans la majorité des cas, le fonds de commerce ne se compose d'ailleurs que des éléments d'actif<sup>(699)</sup>. À l'inverse, la branche d'activité telle qu'envisagée par le Code des sociétés inclut obligatoirement le passif qui s'y rattache<sup>(700) (701)</sup>.

**139. – Apport ou cession de branche d'activité<sup>(702)</sup>.** Dès lors que la consistance du fonds de commerce est susceptible de s'étendre au gré de la volonté des parties, celui-ci peut être transféré sous le couvert des techniques de restructuration du droit des sociétés. Les deux instruments privilégiés sont l'apport et la cession (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 77 et s.).

(692) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 919 ; D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 92.

(693) Voy. également sur cette distinction, R. FELTKAMP, *De overdrachten van schuldverdringen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbareheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer ?*, *op. cit.*, p. 897.

(694) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 92.

(695) H. MICHEL et C. DELGINESSE, « Les restructurations de sociétés », *op. cit.*, p. 919 ; D. WILLERMAIN, *ibid.*, p. 92 ; R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 54 ; D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 37.

(696) Il convient toutefois, vu le caractère variable du fonds de commerce, d'avoir égard à chaque cas d'espèce.

(697) Voy., sur les discussions relatives à l'exclusion des immeubles du fonds de commerce, I. LEBBE, « Techniques sociétaires de l'apport d'un fonds de commerce en société : l'apport de branche d'activité en particulier », *op. cit.*, p. 421.

(698) I. LEBBE, *ibid.*, p. 417 ; D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 93 ; D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 37.

(699) C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 30.

(700) *Ibid.*, p. 13.

(701) Voy. aussi D. GOL qui souligne que la notion de branche d'activité s'applique, de surcroît et contrairement à celle de fonds de commerce, « tant aux activités industrielles ou commerciales qu'aux activités civiles, donc notamment aux professions libérales » (D. GOL, « Transfert d'entreprises en difficulté en dehors des procédures particulières – Quelques points d'attention », *op. cit.*, p. 36).

(702) Les hypothèses de fusion et scission sont moins pertinentes pour notre propos. On rappellera uniquement qu'« En matière de scission, le fonds de commerce de la société scindée ne sera pas forcément transféré aux sociétés bénéficiaires, si celles-ci ne reçoivent pas l'ensemble des éléments propres à attirer et retenir la clientèle. » (C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 29)

Pour ce faire, tous les actifs et passifs qui se rattachent à la branche d'activité devront être cédés<sup>(703)</sup>. À défaut de respecter la procédure organisée par le Code, les éléments qui composent le fonds devront être transmis *ut singuli*.

Mobiliser le droit des sociétés présente de nombreux avantages. Tout d'abord, les formalités d'opposabilité propres à chaque élément composant le fonds ne devront pas être satisfaites<sup>(704)</sup>. Le transfert des contrats est, dès lors, facilité<sup>(705)</sup>.

Le revers de la médaille est toutefois connu. La procédure organisée par le Code des sociétés présente une certaine lourdeur (rédaction de rapports préalables, dépôt au greffe, publication, acceptation du projet par la société apporteuse, accord de la société bénéficiaire, interventions des organes compétents...)<sup>(706)</sup>. Le manque de souplesse au niveau de l'objet de la cession est, en outre, souvent décrié<sup>(707)</sup>. Tous les actifs et passifs qui se rattachent à la branche d'activité doivent impérativement être soumis à l'opération<sup>(708)</sup>. La liberté contractuelle dont jouissent les parties en matière de fonds de commerce dénote avec le cadennassage du droit des sociétés<sup>(709)</sup>. À cette liste peuvent encore être ajoutés les mécanismes de protection des tiers<sup>(710)</sup>.

Autre ombre au tableau : la cession de branche d'activité organisée par le droit des sociétés ne peut bénéficier à une personne physique<sup>(711)</sup>. Le renvoi de l'article 770 du Code des sociétés au régime des apports semble, en effet, prohiber cette hypothèse. L'apport ne se conçoit pas,

(703) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 94.

(704) À l'exception des hypothèses prévues dans le Code des sociétés. D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 96.

(705) D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 158.

(706) C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 31 ; D.-E. PHILIPPE, *ibid.*, p. 158.

(707) R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 56 ; D.-E. PHILIPPE, *ibid.*, p. 158.

(708) I. LEBBE, « Techniques sociétaires de l'apport d'un fonds de commerce en société : l'apport de branche d'activité en particulier », *op. cit.*, p. 418.

(709) J. CATTARUZZA, *La restructuration des sociétés commerciales – aspects juridiques*, *op. cit.*, p. 36.

(710) D.-E. PHILIPPE, « La vente d'entreprise : vente d'actions et vente de fonds de commerce », *op. cit.*, p. 158.

(711) R. JAFFERALI et P.-A. FORIERS, « La cession du fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 47 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 3, *op. cit.*, p. 1999.

au profit d'une personne physique<sup>(712)</sup>. Les formalités de publicité sont, par ailleurs, difficilement transposables.

Notons pour clôturer que l'apporteur (ou le cédant) n'est pas libéré des dettes transférées conformément à l'article 767, § 1<sup>er</sup>, du Code des sociétés.

*C. – Cession du fonds de commerce et insolvabilité :  
une panoplie d'options*

**140. – Procédure de réorganisation judiciaire.** La cession d'un fonds de commerce dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire est protéiforme. Protéiforme parce qu'elle s'envisage dans chacune des voies ouvertes au débiteur en difficulté (hors procédure, accord amiable, accord collectif ou transfert sous autorité) et, d'autre part, car le transfert peut s'envisager tant *ut singuli*, que via les techniques du droit des sociétés ou plus spécifiquement dans le cadre de la procédure visée à l'article 51 de la loi. Dans cette dernière hypothèse, les notions de transfert d'activité sous autorité de justice et de fonds de commerce ne peuvent évidemment être confondues.

Même s'ils ont pour point commun de ne comporter, en principe et sous réserve de l'accord des parties, que des éléments d'actifs<sup>(713)</sup>, les concepts ne se définissent pas selon les mêmes critères (voy. *supra*, n° 93)<sup>(714)</sup>.

**141. – Procédure de faillite.** Plusieurs voies sont également offertes au curateur dans le cadre d'une procédure de faillite. De la cession actif par actif, à l'article 75, § 4 en passant par l'article 49<sup>(715)</sup>, le choix est plural. Le transfert via la cession d'une branche d'activité ou d'une universalité est théoriquement envisageable, mais sera généralement écarté par l'acquéreur potentiel vu la situation souvent déplorable du passif.

(712) D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 98 ; C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Constitution, gestion et cession de fonds de commerce. Aspects de droit commercial », *op. cit.*, p. 34.

(713) C. ALTER et L. VAN MUYLEM, *ibid.*, p. 39.

(714) *Ibid.*, p. 39.

(715) Th. BOSLY et J. SIAENS, « Cession du fonds de commerce et cristallisation des droits des créanciers », *op. cit.*, pp. 141 et s.



## CONCLUSION

**142. – Propos conclusifs.** De plus en plus, on constate que le contrat est appréhendé comme un bien, susceptible d'être valorisé dans le cadre des cessions d'entreprise. Ce phénomène de patrimonialisation des contrats n'a pas (encore ?) affecté les régimes actuellement en vigueur. Les transmissions *ut universi* restent limitées à des hypothèses bien précises. Les régimes sont parsemés et ne s'articulent pas aisément entre eux. Les praticiens devront faire preuve d'une certaine agilité. Ils devront, en effet, jongler avec les différents régimes organisés par le législateur tout en gardant à l'esprit que la négociation avec les cocontractants cédés reste toujours, dans la plupart des situations, au cœur du processus de transmission.

La réforme du Code civil pose, fort heureusement, les premiers jalons d'un régime plus clair et augure de belles perspectives. Les cessions de dettes, parfaite et imparfaite sont désormais organisées aux articles 5.261 et 5.265 tandis que la cession de contrat est consacrée à l'article 5.267 du Code civil<sup>(716)</sup>. La réforme ne traite toutefois pas des transmissions universelles. Le législateur y sera peut-être sensible d'ici l'adoption à la Chambre du texte final.

---

(716) Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, [https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp\\_van\\_wet\\_verbintenisrecht.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_verbintenisrecht.pdf). On notera toutefois le dépôt le 3 avril 2019 sous la forme d'une proposition de loi du projet de réforme du droit des obligations (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3709).